

NULIDAD POR INASISTENCIA A LA AUDIENCIA DE LECTURA DE FALLO – No se configura al no haber afectación de las garantías fundamentales.

“(...) el A quo convocó a la audiencia de lectura de sentencia a la cual las partes estaban enteradas, sin que ninguna hiciera manifestación respecto de imposibilidad de comparecer, y si en gracia de discusión en virtud del principio de trascendencia, era vital que la defensa accediera a la sentencia para interponer el recurso de apelación respecto de aquella, el día siguiente le fue enviado oficio a la defensa técnica y al acusado indicando que había empezado a correr el término para interponer el recurso respectivo y se tiene que fue recibido por el acusado el día 4 de marzo de 2020 y que el escrito de sustentación fue presentado el día 9 de marzo de esa misma anualidad.

(...) Bajo aquel panorama, no se evidencia afectación a garantías de la defensa, pues la finalidad que era el acceso a la segunda instancia se ha dado, por lo que de existir alguna irregularidad no alcanza a tener la categoría de sustancial, análisis que se ha realizado de la situación presentada por cuanto la argumentación ofrecida en el escrito del recurso no alcanza el calado necesario que demuestre la vulneración de alguna garantía de la defensa”.

CALIFICACIÓN JURÍDICA – Modificación de tentativa de acceso carnal violento a acto sexual violento.

“(...) se procede al análisis del presente evento donde se enrostra un accionar que por la facultad constitucional que tiene el ente acusador ha denominado tentativa lo cual desde ya conviene manifestar que si bien tal juicio de imputación y de acusación no corresponde con lo sucedido, dentro del control de legalidad que se debe realizar llevara a que el acto realizado no ha quedado en el grado de tentativa, sino consumado en virtud que en nuestra legislación no se consagra la figura de la tentativa desistida y que ante tal evento debe sancionarse por el delito remanente.

(...)

En este orden de ideas, como se desprende del análisis probatorio que en seguida se efectúa, el sujeto activo para consumar el delito del artículo 205 del código penal, acceso carnal violento, podía ejecutarlo tal como lo señala el artículo 212 ibidem, sin embargo en un momento decide abandonar tal acción y salir ofuscado de aquel lugar, por lo que la Sala entiende que hay un desistimiento de su acción, es por ello que debe examinarse si hasta ahí lo que había realizado se adecuaba a algún comportamiento, donde diáfano se colige que había besado, acariciado lascivamente el cuerpo de la menor, la había desnudado de la cintura hacia abajo, por lo que se adecuan al tipo penal de acto sexual violento que describe el artículo 206 de la norma citada, que es por lo que debe ser condenado el acusado”.

CONFIGURACIÓN DEL DELITO – Se desvirtuó la presunción de inocencia, lo que permite imponer sentencia condenatoria.

“Al adecuar estas piezas como un rompecabezas, claramente se observa que el dicho de la víctima AJSP tiene respaldo probatorio y se presenta la corroboración periférica además que no se ha demostrado que exista un motivo diferente que incite a denunciar al acusado, ni siquiera sutilmente se demuestra que exista presión de persona alguna para que presente acusación en contra de HSGD.

En este orden de ideas, es claro que el acusado no ha podido desvirtuar la acusación en la forma como se indica sucedieron los hechos que desde un inicio presentó la víctima, la forma de narración de ella ha encontrado eco en los medios de convicción allegados en forma legal en la etapa de juicio, su dicho es creíble, su narración espontánea, se itera hay respaldo probatorio en sus manifestaciones al igual que se ha confirmado los cambios de actitud y de comportamiento a partir de los hechos, secuelas que aún presenta, no se ha demostrado que exista un interés distinto al que haya justicia que la motivo para acudir ante las autoridades judiciales”.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	:	Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	:	5200160099032201407251-01
Número Interno	:	14774
Conducta Punible	:	Tentativa de Acceso Carnal Violento
Sentenciado	:	HSGD
Decisión	:	Confirma Sentencia
Aprobado	:	Acta N° 83 de 11 de mayo de 2021

San Juan de Pasto, catorce de mayo de dos mil veintiuno

(Hora: 09:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se ocupa en esta oportunidad la Sala, del estudio del recurso de apelación que en oportunidad legal formuló y sustentó el defensor del acusado HSGD, quien fue condenado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto mediante sentencia de fecha 2 de marzo de 2020, al encontrarlo penalmente responsable del delito de acceso carnal violento en el grado de tentativa.

1. Los hechos

Tuvieron ocurrencia el día 13 de agosto de 2014 después de las 7:00 de la noche, en la casa de habitación de la menor AJSP, quien para esta

fecha contaba con 16 años, y presenta parálisis cerebral espástica, necrosis de cadera, displacia bilateral, hemiplejia derecha, distonía muscular de su miembro superior derecho, su residencia está ubicada en XX, escenario en el cual, HSGD preguntó a la menor si iba a estar sola en la casa luego va y la recoge en su moto quien salía de estudiar, la lleva hasta aquella vivienda donde a sabiendas que en aquel lugar no había más personas requiere a la menor para que indique la forma de pago, luego para que le permita el ingreso a lo cual ella manifiesta que por la fe que profesa está mal que estén solos al interior de aquella casa, él insiste en el ingreso y menciona ser una persona seria; confiada en tal manifestación lo hace ingresar y por el frío reinante le ofrece una bebida caliente “chocolisto”, se sientan en el mueble, ante una llamada de la progenitora de la menor aquel le indica que diga que está sola, se asegura de la hora de regreso de la madre, luego de ingerir aquella bebida, procede a apagar las luces y empieza besar a la menor quien le pide que se detenga, la tira al mueble, ella continua su rechazo pero ante la incomodidad del lugar la toma fuerte de su mano izquierda y la lleva a su habitación en el segundo piso, quita los tendidos la tira sobre la cama, cierra las puertas, le pide que se calle y que sea dócil, ella llora le pide que pare pero le dice que no vaya a decir nada, él la besa, la acaricia, la despoja de las prendas que quedaban, ella pedía que no lo hiciera que se detuviera, le dice que abra bien las piernas, ella rogaba que no lo hiciera, reiteraba que abriera las piernas a lo que ella respondió que “no podía”, por lo que le dice que se vistiera y que ahí no había pasado nada, le dijo que si decía algo sobre lo sucedido le hacía algo a ella o a su familia, que sabía que su padre estaba en la cárcel y que allá le podían hacer daño, que bajaron las gradas, salió enseguida se encontraba un vecino arrendatario pero ella no tuvo el suficiente valor para contar que acaba de ser objeto de tal situación. Al salir tira la reja, ella sube a su cuarto, llora, más tarde como habían acordado se conectan por la red social Facebook e intercambian mensajes.

2. Antecedentes procesales

- Ante el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante de Pasto con Funciones de Control de Garantías, se llevó a cabo las audiencias de legalización de la captura; formulación de imputación por el punible de tentativa de acceso carnal violento agravado, contenido en los artículos 205 y 211.2.7 del Código Penal; y se impone medida de aseguramiento intramural en contra del mencionado.

- Ante el Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados del Circuito de Pasto, se presenta el escrito de acusación, correspondiéndole el día siguiente en reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad, quien una vez avoca la competencia, fija como fecha para llevar a cabo la audiencia de formulación de acusación el día 28 de abril de 2016, oportunidad en la que se llevó a cabo.

- Se realiza la audiencia preparatoria el día 12 de febrero de 2018.

- La audiencia de juicio oral se realiza el 16 de agosto de 2018 y se concluye el 8 de agosto de 2019, oportunidad en la que se recibió los alegados de conclusión y se emitió el sentido de fallo condenatorio.

- El 02 de marzo de 2020 se realiza la audiencia de lectura del fallo condenatorio en contra de HSGD.

3. Providencia impugnada

El *a quo*, luego de efectuar un recuento de la actuación procesal, memorar los alegatos de las partes e intervinientes, sentó las consideraciones del caso.

Así, indicó que se centraría en determinar si hubo consentimiento por parte de AJSP en la relación sexual con HSGD, para no considerarlas como un atentado a su libertad e integridad sexual, recordando que en el asunto se procesa por el delito de acceso carnal violento, punible que para su configuración exige el uso de una fuerza física o mental que vicie el consentimiento de la víctima.

Con ello, refirió que, en el caso, la víctima, presentaba condiciones de salud y desarrollo motriz que le impedían desplegar una reacción física para repeler la más mínima agresión de otra persona, y que, los actos de tipo erótico sexual ejecutados sobre su humanidad se ejercieron sin su consentimiento.

Para llegar a esa conclusión, partió del relato de cómo ocurrieron los hechos, indicando que, en esa línea, lo que se evidencia es un afán por parte del procesado en satisfacer su libido sexual, omitiendo agotar una etapa previa a la copulación y no a través del cariño sino con el uso de palabras de intimidación, quien además era consciente de las dificultades motrices de la víctima.

Agrega que no se presentan manifestaciones de cariño hacia la víctima, pues, caso contrario no se explica el hecho de que el procesado la obligara a tomar pastillas para evitar un embarazo y amenazarla con causar un daño para sí o su familia, y días después, degradarla por su condición física.

En línea con ello indicó que el cuadro presentado por la víctima después de los hechos ocurridos no es el de una mujer que haya dispuesto libremente su sexualidad, pues presentó un cambio negativo en su comportamiento, repudio a su agresor, cambio de apetito, entre otros.

Concluyó entonces que HSGD vulneró sin justa causa el bien jurídico tutelado de la libertad sexual, actuando con dolo, aprovechándose de las circunstancias de discapacidad de la víctima y la soledad que se presentaba en su residencia, que empleó la fuerza para despojarla de sus prendas, y abandonando el lugar inmediatamente, no sin antes amenazar a la víctima para que no cuente lo sucedido y para borrar cualquier rastro, al punto de conminarla para que ingiera pastillas para evitar un embarazo.

Suma que la teoría de la defensa no permite entrever la presencia de un consentimiento por parte de la víctima, pues de los mensajes aportados no se evidencia la existencia de una relación de noviazgo, y que, si aún cuando en la declaración el procesado indicó que AJSP lo invitó a ingresar al inmueble, ese sólo hecho no implica una invitación a tener relaciones sexuales. Señala que de otra manera no se explicaría el repudio que la víctima luego presentó hacia el acusado.

Afirma que la declaración rendida por el profesional en psiquiatría no es de recibo en tanto que se limitó a indicar si los dichos de la víctima son ciertos, haciendo uso de una entrevista, por lo cual se constituye en una prueba de referencia, cuando la labor del juez es valorar la declaración de la víctima en juicio.

Con lo anterior indicó que se había llegado a un grado de conocimiento mas allá de toda duda razonable, por lo que se había desvirtuado la presunción de inocencia del procesado, siendo procedente emitir una sentencia condenatoria; así, continuó con la individualización de la pena, oportunidad en la que luego de efectuar el proceso de dosificación encontró procedente imponer una pena de 80 meses de prisión, junto con las accesorias de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al turno que negó subrogados y sustitutos por expresa prohibición legal.

4. Sustentación del recurso y la intervención de los no recurrentes.

4.1 La defensa como recurrente.

El Dr. Javier Goyes Rodríguez, apoderado judicial del procesado, apeló la decisión de primera instancia buscando su revocatoria bajo los siguientes postulados.

En primer lugar, hizo alusión a la afectación del debido proceso derivada de un error cometido por el juzgado de primer nivel en la audiencia de lectura de fallo cuando indicó que el defensor del procesado estaba debidamente enterado de la programación de la audiencia, pues lo cierto es que con antelación HSGD había informado sobre la revocatoria del poder que había conferido a su defensor de confianza.

Claro ello e indicando que en caso de que no prospere alguna nulidad, procedió a sentar las razones de disidencia frente a los argumentos de la sentencia condenatoria, así, recordó los hechos que motivaron el proceso, esto, con base a la apreciación del procesado.

Luego hizo alusión a la valoración probatoria, punto en el que indicó que en la audiencia de juicio oral, el *a quo* interrumpió repetidamente a la defensa, impidiéndole introducir una prueba conducente, útil, necesaria, admisible y pertinente en favor del procesado consistente en las conversaciones vía *WhatsApp* y *Facebook* entre la supuesta víctima y el procesado, aspecto que limitó el derecho a la defensa, pasando a efectuar amplia alusión sobre la importancia de la prueba, su función y la manera en la que debe valorarse, y el estándar probatorio “más allá de toda duda razonable”.

Seguidamente hizo una transcripción de los testimonios recibidos en juicio, para indicar que en esa etapa fue evidente la existencia de una parcialización del juzgador en favor de la víctima, pues se preció de ser extremadamente formalista dejando de lado lo sustancial en contravía de la jurisprudencia, dejando de lado las pruebas de la defensa.

Indica de acuerdo con el material probatorio en general, puede verse que los hechos expuestos por la víctima jamás existieron y que todo se trató de un embuste generado, conforme lo indicó medicina legal, por el miedo que le infunde la madre al igual que la religión que profesa.

Agrega que el juez no puede dejar de lado las conversaciones que mediante mensajes de texto sostuvieron los dos adolescentes después de 10 minutos de la supuesta actividad sexual con su agresor y la continuación de estas a través de ese medio, lo que destruye el supuesto ilícito, pues lo lógico es que luego de un suceso de la estirpe aducida se genere una repulsión, estando entonces frente a una actividad sexual consentida.

En ese orden, insistió que con la observancia de lo dicho por medicina legal se genera duda sobre lo dicho por la supuesta víctima con lo que no existe mérito para emitir un fallo condenatorio.

4.2 La Fiscalía como no recurrente

El Dr. Jairo Alberto Fajardo Rondón, Fiscal 52 Seccional CAIVAS, se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa, solicitando que se confirme la providencia recurrida.

Para el efecto, indica que no hay lugar a declarar la nulidad de la audiencia de lectura de sentencia, pues, aunque la diligencia se cumplió sin la presencia del defensor, se dio la oportunidad de ejercer el derecho

de contradicción, al punto que el nuevo defensor interpuso recurso de apelación, de lo que se evidencia que conoce el sentido de esta.

Seguidamente, indica que en el caso la decisión esta acorde con la realidad, revestida con una argumentación seria y con un soporte probatorio objetivo que permite llegar a lo que la jurisprudencia ha denominado “certeza racional”.

Explica que el defensor sólo trae unos apartes de lo expuesto por la víctima, su madre, el acusado y los peritos, pero que, en el caso el análisis debe hacerse en conjunto, aunado a que la primera instancia evaluó el comportamiento de la menor AJSP y el procesado en momentos anteriores, concomitantes y posteriores a los hechos, concluyendo que, aunque se demostraba un acercamiento sexual no estuvo precedido del consentimiento de la ofendida.

Con referencia a las conversaciones mediante mensajes de texto realizadas entre la víctima y el acusado 10 minutos después de los hechos, que, según el defensor, se dejaron de lado por el juez, encuentra que la razón fue la ausencia de técnica adecuada por la defensa para lograr su incorporación, esto, a pesar de los recesos que en su oportunidad decretó la primera instancia para que pueda cumplir con el cometido, hecho que llevó a que el procesado renuncie a la defensa; así, que no está frente al capricho de la judicatura, sino a la técnica que debe seguirse en ese tipo de actuaciones, que son un principio esencial del debido proceso, de lo cual también debe indicarse que es improcedente que en segunda instancia se tenga en cuenta unos medios de prueba que no fueron ingresados al torrente probatorio en el juicio oral.

4.3 La Procuraduría 145 Judicial Penal II como no recurrente.

El Dr. César Ernesto Enríquez Delgado, se pronunció frente a la apelación presentada por el apoderado de HSGD, así:

Hace alusión al argumento recurrente dirigido a indicar que en el caso se afectó el debido proceso al realizar la audiencia de lectura de fallo sin la presencia del defensor, indicando que desde la óptica de la trascendencia, el aspecto se vio superado, de un lado, porque se impartieron instrucciones específicas para lograr el efectivo conocimiento y publicidad del fallo, así como la oportunidad para ejercer los recursos de ley, y, de otro, porque se hizo ejercicio efectivo del recurso de apelación.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor del sentenciado HSGD en contra de la sentencia del 02 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. Problema a resolver

De acuerdo con las inquietudes que aquejan a la defensa, la Sala deberá analizar si por parte del ente acusador se allegó el material probatorio suficiente que permita desvirtuar el principio constitucional y legal de la presunción de inocencia o como lo señala la defensa no tienen tal entidad que permita imponer una sentencia condenatoria. Adicionalmente la Sala abordará el tema de la calificación jurídica dada al presente comportamiento.

De igual manera deberá determinarse si existe irregularidad alguna que invalide la decisión que se ha tomado.

3. Nulidad en la actuación procesal

El establecimiento de un proceso reglado mediante el cual se acopie los medios de convicción requeridos para la toma de decisiones es el producto de un Estado democrático que se afianza en la administración de justicia, no solo rodeando de garantías fundamentales, tal como lo establece nuestra Carta Política que entre otras normas, el artículo 29 contiene un sinnúmero de ellas, para quienes se ven abocados a una investigación, sino que al establecer la secuencia de actos basilares permite manifestar que el procedimiento penal se rige por una doble estructura formal y conceptual, tal como lo dice la jurisprudencia de la CSJ Sala Penal SP 12846 del 23 de septiembre de 2015 radicado 40694:

“En relación con el postulado de predeterminación de las reglas procesales surge la doble estructura, formal y conceptual, que gobierna el proceso penal. La primera se relaciona con el principio antecedente-consecuente, entendido como la secuencia lógico-jurídica integrada, gradual y sucesiva de actos jurisdiccionales con carácter preclusivo regulados en la ley procesal. En tanto, la estructura conceptual, se refiere a la definición progresiva y vinculante del objeto del proceso penal en función, en concreto, de la determinación de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.”

Como se observa el procedimiento penal lo conforman una serie de garantías con las cuales se pretende que la investigación se adelante en un plano de igualdad entre las partes. Además de lo anterior el procedimiento penal con tendencia acusatoria como es el nuestro, determina en la práctica probatoria una serie de técnicas que deben cumplirse respecto de cada uno de los medios probatorios que así lo exige, que desde ya se indica no se trata de formalismos, sino metodologías para la apropiada producción probatoria.

Por tanto, hace parte del correcto desarrollo del procedimiento establecido, que el administrador de justicia dé cabal cumplimiento a las normas que describen su actuación para que las partes e intervinientes puedan ejercer con lujo de detalles el rol que le han encomendado en el proceso que se tramita.

En desarrollo de ese trámite se pueden presentar irregularidades, se pretermite una actuación, se limita o se desconoce el ejercicio de una garantía, o muchas otras situaciones que a decir de las partes o intervinientes pueden constituir situaciones que bajo su óptica han afectado el debido proceso.

No se puede perder el horizonte demarcado por el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 cuando establece que la nulidad por violación a garantías fundamentales lo determina *la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales*, es decir en aspectos que son trascendentales, bajo este panorama debe decirse que no es cualquier irregularidad la que puede constituir nulidad, que bien se sabe es la mayor sanción que se impone a un procedimiento y puede la Sala decir que en el trámite existen situaciones anómalas pero no todas ellas alcanzan la categoría para ser consideradas causa de nulidad.

Anejo a lo anterior, se exige una carga argumentativa por parte de quien lo solicita, relacionada con la determinación de cuál es la violación que se presenta y cuáles son sus irreparables consecuencias, en ese sentido ha dicho la Sala Penal de la CSJ:

“Ahora bien, es del caso anotar que cuando como en este caso se invoca la causal de nulidad, la Sala tiene decantado que al impugnante le corresponde precisar la especie de irregularidad sustantiva generadora de la invalidación, los fundamentos fácticos y las normas vulneradas, así como las razones del

quebranto; labor argumentativa que debe desarrollar ajustándose a la realidad procesal.

Así mismo, el censor ha de determinar el tramo de la actuación donde el defecto surte sus consecuencias, expresando la causa por la cual no hay manera distinta de restaurar el derecho menoscabado que optar por la declaratoria de nulidad.”¹

Y aunado a esta carga debe realizarse un análisis de los principios que orientan la declaratoria de nulidad aplicados al caso a fin de establecer que es solo de esta forma como puede corregirse la actuación procesal y que por ejemplo no hay cabida a la convalidación, sobre este particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en el radicado 48695 del 18 de abril de 2017 estableció:

“Estos principios han sido definidos por la jurisprudencia de esta Sala, de la siguiente manera: Taxatividad: significa que solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. Acreditación: que quien la alega debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. Protección: la nulidad no puede ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular. Convalidación: la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. Instrumentalidad: la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado. Trascendencia: quien la alegue debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. Residualidad: solo procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular.”

Para finalizar este apartado, acudimos nuevamente a lo dicho por la Sala de Casación Penal de la CSJ, sobre la trascendencia de la irregularidad y en Auto 2374 del 18 de junio de 2019 con radicado 48773 expuso:

¹ CSJ Sala de Casación Penal, radicado 49730 de 2 de mayo de 2018

“...la declaración de una nulidad está atada a la comprobación cierta de yerros de garantía o de estructura insalvables que hagan que la actuación y la decisión de primera instancia pierdan toda validez formal y material, por lo que corresponde determinar la forma en que ella rompe la estructura del proceso o lesiona las garantías de los intervinientes, la fase en la que se produjo y demostrar que ninguno de los axiomas que se erigen alrededor de la invalidación de la actuación ha operado en el caso concreto.

Si el vicio denunciado corresponde a una violación del debido proceso, es necesario que el actor identifique el vicio sustancial que alteró el rito legal, pero si infringe el derecho de defensa, se debe especificar la actuación que conculcó esa prerrogativa; en cada hipótesis, la argumentación ha de estar acompañada de la solución respectiva.

Igualmente, la fundamentación del ataque se debe hacer a la luz de los apogemas que rigen la declaración de las nulidades, esto es, los de convalidación², protección³, instrumentalidad de las formas⁴, trascendencia⁵ y residualidad⁶, pues si se avizora que el defecto denunciado no alcanza a transgredir, en grado sumo, el desarrollo de la actuación, ni alterar lo decidido en el fallo censurado, no hay lugar a la admisión del reproche.”

4. Requisitos para la condena.

La finalidad del sistema penal acusatorio se orienta en la búsqueda de la verdad, para ello con los medios de prueba se construye una verdad que consiste en la demostración del hecho punible y la responsabilidad del acusado. Pero para llegar a aquella verdad no se consigue por cualquier medio ni de cualquier forma, es por lo que se ha construido cauces procesales y se impone estándar de conocimiento en cada momento procesal que vaya clarificando el propósito perseguido.

² Las irregularidades pueden convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado.

³ El sujeto procesal que con su conducta no haya dado lugar a la configuración del vicio, es el único que lo puede alegar, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica.

⁴ Como las formas no son un fin en sí mismo, siempre que se cumpla con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, no habrá lugar a la declaración de la nulidad.

⁵ La magnitud del defecto debe tener incidencia en el sentido de justicia incorporado a la sentencia.

⁶ La declaratoria de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el yerro detectado.

Lo ha dicho la Sala en otras providencias, una es la verdad real, fenomenológica u ontológicamente sucedida, y otra, la verdad que nos ofrecen las investigaciones penales, y lo que se procura en este ejercicio procesal es que resulten iguales y de esa forma cumplir con el deber de hacer justicia. Como se trata de un proceso de construcción lo más lógico es que se requiera de insumos en los cuales se sustentará la decisión o verdad procesal.

Es por lo que el legislador penal ha querido que ese proceso de reconstrucción se haga mediante la aducción de medios de convicción o pruebas que legalmente se recepcionen y que de conformidad con el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, lleven el conocimiento al Juez, más allá de duda razonable, respecto de los hechos investigados y que le permitan establecer la responsabilidad penal de las personas vinculadas al proceso penal.

Y es que la necesidad de la existencia de prueba que demuestre que el hecho denunciado si ha sucedido y que el vinculado es el responsable penal de ese accionar, es exigencia no solo para el proceso ordinario, lo es también para las formas de terminación anticipada, dígase en consecuencia que si estas formas de terminación anormales que conllevan la aceptación de cargos por el acusado requieren de medios probatorios para que la presunción de inocencia se entienda desvirtuada, con mayor razón en eventos del procedimiento ordinario donde se debaten todos los aspectos estructurales del comportamiento punible, así lo dijo la CSJ Sala de Casación Penal radicado 45495 del 28 de junio de 2017.

En otras palabras, le corresponde al ente investigador acopiar en el proceso penal las pruebas necesarias con las que se desvirtúa la presunción de inocencia de que goza el acusado en un Estado Social de Derecho como el nuestro, por cuanto de no hacerlo o hacerlo

medianamente dejando dudas en el proceso investigativo, dichas dudas deben resolverse en favor del acusado, así lo consagra el artículo 7º del código de procedimiento penal, ergo el tamiz que debe cumplirse para la posibilidad de emisión de una sentencia condenatoria está determinado en el artículo 381 *ibidem* que establece: *“Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”*

Importante entonces resulta que las pruebas hayan sido debatidas y controvertidas en presencia del Juez y sean incorporadas legalmente a la actuación procesal, (Art. 379 C.P.P.) como finalidad de los principios de inmediación y concentración contenido en los artículos 15 y 16 *ibidem*.

5.- De la valoración probatoria y del caso en concreto.

5.1.- En este acontecer corresponde que la Sala de primer momento se pronuncie sobre la petición que hace parte del escrito de sustentación del recurso de apelación relativa a que la audiencia de lectura de sentencia realizada el 02 de marzo de 2020 se efectuó sin la presencia del abogado defensor al igual que sin la presencia del acusado, de quien debe indicarse que se encuentra en libertad.

Al respecto no puede perderse de vista que se trata de un sistema penal acusatorio, un modelo de justicia en el que las partes tienen unas obligaciones y de igual manera debe examinarse la clase y naturaleza de la audiencia efectuada; conforme este razonamiento corresponde a las partes concurrir a las diligencias que oportunamente se han convocado (Artículo 140-6 C.P.P.) que no es otra cosa que un obrar con diligencia y con lealtad con la administración de justicia, es por ello que si había un interés en el aplazamiento de la audiencia era menester que con antelación lo hiciera conocer por cuanto existe ya una programación de

parte del Juzgado para la realización y evacuación de otras diligencias en otros procesos que adelanta. Lo dicho por el Juez al momento de iniciar dicha audiencia es que tanto el abogado defensor como el acusado están debidamente enterados de la realización de la audiencia de lectura de sentencia que por el anuncio de fallo develado al momento de finalizar el debate probatorio se conocía era condenatorio.

Esta audiencia tiene varios aspectos importantes de resaltar, como ya se dijo si bien se sabe que es la lectura de una sentencia condenatoria, también se conocerá las motivaciones concretas para arribar a aquella conclusión contraria a la defensa, el delito, la forma y cantidad de pena que se irrogará al acusado y la decisión sobre sustitutos, subrogados penales y eventualmente la orden de captura, de igual manera resulta trascendental la oportunidad que se concede para interponer el recurso de apelación.

Evidentemente el aspecto que contiene el mayor relieve es el relacionado con la posibilidad que se otorga a las partes para interponer el recurso, que se dé su trámite y acceda a la segunda instancia para el análisis de legalidad, dado que es la forma de confutar las motivaciones en procura de obtener un fallo que favorezca sus intereses.

Para el análisis de la situación presentada resulta fundamental entender el principio de instrumentalidad de las formas en el sentido que el fin no es el procedimiento que, si se ha cumplido el propósito que con tal actuación se buscaba, no hay lugar a invalidar en otras palabras la transgresión alegada debe tener tal repercusión que se considere sustancial en la garantía del derecho de defensa.

Ahora, si la actuación del servidor ha sido de respecto por las formas preestablecidas no hay afectación a garantía fundamental alguna y por ende no hay irregularidad o como lo dice la defensa anomalía alguna,

consecuente con esta idea debe indicarse que el código de procedimiento penal señala cuales son las audiencias en las que se requiere la presencia de las partes para su validez, es así como se indica quienes deben estar presentes para la audiencia de acusación (art. 339 inc. 3º CPP), para la audiencia preparatoria (art. 356 CPP) y para la audiencia de juicio oral (art. 366 CPP), es claro que para esta audiencia de lectura de sentencia su importancia radica en la oportunidad para interponer el recurso de alzada cuando se muestra inconformidad con el fallo emitido.

En ese orden de ideas, el *A quo* convocó a la audiencia de lectura de sentencia a la cual las partes estaban enteradas, sin que ninguna hiciera manifestación respecto de imposibilidad de comparecer, y si en gracia de discusión en virtud del principio de trascendencia, era vital que la defensa accediera a la sentencia para interponer el recurso de apelación respecto de aquella, el día siguiente le fue enviado oficio a la defensa técnica y al acusado indicando que había empezado a correr el término para interponer el recurso respectivo y se tiene que fue recibido por el acusado el día 4 de marzo de 2020 y que el escrito de sustentación fue presentado el día 9 de marzo de esa misma anualidad.

Bajo aquel panorama, no se evidencia afectación a garantías de la defensa, pues la finalidad que era el acceso a la segunda instancia se ha dado, por lo que de existir alguna irregularidad no alcanza a tener la categoría de sustancial, análisis que se ha realizado de la situación presentada por cuanto la argumentación ofrecida en el escrito del recurso no alcanza el calado necesario que demuestre la vulneración de alguna garantía de la defensa.

5.2- Desde los albores de la investigación se ha demarcado el comportamiento atribuido a HSGD como acceso carnal violento en el grado de tentativa, y así se indicó en la audiencia de formulación de acusación. La descripción de este accionar se encuentra descrito en el

artículo 205 del estatuto de las penas bajo el siguiente epígrafe: *El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia.*

Se señala por la doctrina⁷ que son elementos de este reato, el acceso carnal, la violencia y el nexo causal entre los dos. La definición del acceso carnal esta dada por el artículo 212 del código penal, como *la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto*; quizá es el segundo requisito el que caracteriza este comportamiento por que se ejecuta mediante la utilización de la violencia que debe entenderse como la forma de doblegar la voluntad de su víctima, o *la fuerza que impide o vence la resistencia de la víctima permitiendo el acto sexual*⁸, importante es señalar que no es solo la física, también lo es la moral y es por ello que la jurisprudencia de la CSJ ha indicado que además de lo anterior debe verificarse *ex ante*⁹ para identificar los actos constitutivos de la violencia:

“(...) el factor violencia en el delito de acceso carnal violento debe ser valorado por el juez desde una perspectiva ex ante, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida.

Ahora bien, es cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada violencia física o material y la violencia 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 las

⁷ Derecho Penal Especial. Luis Fernando Tocora. 8ª ed. Librería del Profesional. Pág. 251

⁸ Misma obra página 253

⁹ CSJ SP 439 de 28 de febrero de 2018 Radicado 50493

circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.

La violencia moral, en cambio, 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, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados. (CSJ SP, 23 ene. 2008, rad. 20413)”

En consecuencia, la violencia con que se ejecuta la acción debe conllevar la realización del acto sexual, con lo que se da el nexo causal como requisito estructurante del delito.

En SP5395 de 6 de mayo 2015 radicado 43880 se indicó que no siempre se reacciona con actos positivos de defensa ante un ataque de esta naturaleza, que la víctima puede quedar en tal conmoción que le impida un acto para repeler el ataque. Lo que se itera en radicado 42599 del 11 de julio de 2018 cuando se expresa que no se requiere de actos materiales de defensa frente a esta clase de agresión.

Indica la normatividad que para tomar decisiones se debe hacer basado en medios probatorios y por mandato de los artículos 16 y 379 del código adjetivo penal se debe tener en cuenta solamente los medios de convicción producidos, practicados e introducidos en la audiencia de juicio oral, ante el Juez competente y dentro de las formas propias del juicio, ello quiere decir habiéndose dado las oportunidades a las partes para la contradicción, porque recordemos que lo que reseña el artículo 372 ibidem, que los medios probatorios tienen por fin llevar el conocimiento al Juez.

5.2.1. Con este horizonte, se procede al análisis del presente evento donde se enrostra un accionar que por la facultad constitucional que tiene el ente acusador ha denominado tentativa lo cual desde ya conviene manifestar que si bien tal juicio de imputación y de acusación no corresponde con lo sucedido, dentro del control de legalidad que se debe realizar llevara a que el acto realizado no ha quedado en el grado de tentativa, sino consumado en virtud que en nuestra legislación no se consagra la figura de la tentativa desistida y que ante tal evento debe sancionarse por el delito remanente.

El instituto de la tentativa en la forma como lo tiene establecido la Ley 599 de 2000 en su artículo 27 establece una acción externa que impide la consumación de la conducta, es por lo que la doctrina¹⁰ ha clasificado este accionar en: tentativa inacabada cuando se da inicio a la ejecución y no se realiza por circunstancias ajenas a la voluntad del agente; tentativa acabada o frustrada cuando se realizan todos los actos necesarios para la consumación del delito esta no se realiza por circunstancias independientes de la voluntad del sujeto activo, la diferencia que dogmáticamente se presentaba entre las dos es que en la primera se había empezado la ejecución del delito en la segunda se había ejecutado en su totalidad la conducta ordinariamente idónea para obtener el resultado¹¹; tentativa imposible o inidónea que se caracterizaba por la ineptitud de la acción para conseguir el fin; tentativa desistida cuando el agente voluntariamente suspende la ejecución, también conocida como tentativa abandonada. Lo que implica que, si al desertar de su accionar y estos se subsumen en un tipo penal, debe sancionarse conforme tal actuar por que el derecho penal es de acto. Es esta la razón por lo que desde el código de 1980 se suprimió tal figura y es la tesis que hoy nos

¹⁰ DERECHO PENAL Parte General. Alfonso Reyes Echandía. Ed. Temis. Pág. 120 y ss.

¹¹ LA TENTATIVA Monografía de Derecho Penal. Miguel Córdoba Angulo. Universidad Externado de Colombia. Pág. 51

rige en aras de sancionar si el accionar puede enmarcarse en lo que se ha denominado el “delito remanente”¹².

En este orden de ideas, como se desprende del análisis probatorio que en seguida se efectúa, el sujeto activo para consumir el delito del artículo 205 del código penal, acceso carnal violento, podía ejecutarlo tal como lo señala el artículo 212 ibidem, sin embargo en un momento decide abandonar tal acción y salir ofuscado de aquel lugar, por lo que la Sala entiende que hay un desistimiento de su acción, es por ello que debe examinarse si hasta ahí lo que había realizado se adecuaba a algún comportamiento, donde diáfano se colige que había besado, acariciado lascivamente el cuerpo de la menor, la había desnudado de la cintura hacia abajo, por lo que se adecuan al tipo penal de **acto sexual violento** que describe el artículo 206 de la norma citada, que es por lo que debe ser condenado el acusado.

5.2.2. Como corresponde con las reglas de la experiencia, en esta clase de ataques siempre el sujeto activo selecciona un escenario solitario en el que no existan testigos presenciales, lo cual determina que son los testimonios de víctima y victimario los que se deben sopesar y verificar elementos probatorios de corroboración.

La primera prueba que se allegó en la audiencia de juicio oral fue el testimonio de la víctima AJSP¹³ hoy mayor de edad, pero a la fecha de los hechos menor de edad, de quien debemos empezar manifestando que se trata de una persona que presenta una parálisis cerebral, necrosis en la cadera displacia bilateral, hemiplejía derecha con distonía en el miembro superior, cuadro clínico que la presenta como una persona vulnerable. De su relato que obra en el archivo 18 de la audiencia de juicio oral efectuada el 16 de agosto de 2018, indica como conoce al acusado a

¹² ESTUDIOS DE DERECHO PENAL GENERAL. Una aproximación a la teoría del delito y de la pena. Gustavo Balmaceda Hoyos. Universidad de la Sabana Ediciones Nueva Jurídica. Pág. 348

¹³ Minuto 22:36 archivo 18 de fecha 16 de agosto de 2018

principios del año 2013, fue en la iglesia "A Y F" donde producto de las prédicas que recibían entran en contacto y su amistad va creciendo, ella encuentra una persona que la escucha, le da buen trato y dadas sus crisis de salud aquel se convierte en un bálsamo, ello les permite tener un trato mas cercano, más cariñoso como "mocosa", ella le decía "loco, amigo, hermano, mi vida" como ella lo dice le brindó toda su confianza, para ella las adversidades no paraban y para el año 2014 su padre es encarcelado, otro motivo mas para su mal momento psicológico, pero también empieza a notar que HSGD pese a que la escuchaba y orientaba en ocasiones, era agresivo y manipulador con el argumento de retirar su amistad, indica la víctima que el acusado no se quedó en su casa, como tampoco sostuvo con él una relación sentimental, lo trató como el *hermano que no tuvo*, aquel le contaba sobre sus relaciones de noviazgo y ella de sus amigas y de quienes la pretendían, se comunicaban personalmente o por el chat de Facebook en horas de la noche.

Probatoriamente está aceptado y por tanto demostrado en esta actuación procesal, que la menor tuvo un impase en su colegio lo que la afectó emocionalmente, que se comunica con su progenitora quien le dice acudir donde un tío, pero dada su condición de salud, ella quiere estar en otro ambiente que le proporcione tranquilidad, conversa con su amigo hoy acusado y por la confianza que se profesan considera que puede pedirle que la recoja en su moto y la lleve a su casa lo cual así ocurrió, no sin antes preguntar si ella iba a estar sola, ya en aquel inmueble, se dialoga por el pago del servicio prestado, por la fe que profesan sabían que no debían estar solos al interior del inmueble, sin embargo ante la manifestación que él hace que se trata de una persona seria, ella confía ingresan le ofrece una bebida caliente -chocolisto-. Tampoco es objeto de debate el contacto sexual que se presentó, pero si la forma como se produce.

Indica la víctima que luego de ingerir la bebida caliente, recibe una llamada de su progenitora y por manifestación del acusado le dice que se encuentra sola, pero aquel le sugiere pregunte si se demora lo que fue respondido afirmativamente, luego de lo cual procede el sujeto a apagar las luces y la empieza a besar, ella lo rechaza, le dice que no quiere nada que se vaya, pero aquel le manifiesta “cállate mocosa”, la toma por la mano izquierda, la apretaba y le decía que se callara, que no gritara, que no hablara, luego la arroja sobre el mueble a lo que ella le implora que no le haga nada (Récord: 1:02:59) , le quita la falda, como en este espacio no se sintió cómodo, la toma por su mano izquierda y la sube a su habitación en el segundo piso halándola (Récord: 1:17:34) y le prohíbe gritar, en este lugar retira bruscamente los tendidos, cierra las puertas y la tira a la cama, ella estaba en ropa interior de la cintura para abajo, él se quita el cinturón, el pantalón, el interior, ella llora, aquel le dice que se quede callada y que sea dócil (Récord: 1:03:15) ante lo cual ella llora y le pide que se detenga (Récord: 1:03:49) pero el refiere que no diga nada, prosigue besándola, acariciándola y le manifiesta que abra las piernas, ella le ruega que *no haga eso* (Récord: 1:05:01) que por favor se detenga y lo que el decir era que se callara, que abriera bien las piernas y ella decía que no podía (Récord: 1:05:14) y es cuando él manifiesta vístete y recoge esas cosas aquí no ha pasado nada, no sin antes amenazarla (Récord: 1:05:30) que si hablaba de eso le hacía daño a ella y a su familia, que sabía que su padre estaba en la cárcel y que allá le podían hacer daño y que nadie le creería, por lo que la hace jurar por Dios que no va a decir y quedar pendiente de chatear por Facebook o de lo contrario se atuviera a la consecuencias (Récord: 1:06:53). Indica que intentó en varias veces penetrarla y que no pudo, trató de introducir los dedos en la vagina. Que bajan de la habitación con dirección a la salida, que en su retirada azota la reja, ella ingresa a su casa, a su cuarto y se pone a llorar. Indica que continuó su dialogo con aquel por la amenaza (Récord: 1:21:16) que había lanzado, que ella debía seguir la corriente y presentarse ante él como fuerte, es por lo que se da los mensajes del chat que refieren a la toma

de la pastilla del día después, porque aquel manifestaba no querer ser padre aún. Refiere que su progenitora arribó a casa a las 9 de la noche y que ella no tiene experiencia sexual. Le dijo que no se iba a tomar la pastilla y le dijo que al otro día iba al colegio a dejarle la pastilla, refiere que fue con la hermana quien le advirtió que son gente peligrosa.

En el contrainterrogatorio por la defensa indica que el acusado solo la recogió dos veces, que si tenían conversación por chat y que el acusado sabía su clave por lo que a veces respondía mensajes a otras personas como si fuera ella, lo que fue objeto de reclamo en contexto con lo que había sucedido con anterioridad, que no podía defenderse con su mano derecha por la parálisis que padece de aquel lado. Que tuvo dos episodios de suicidio uno después de estos hechos y que para el mes de mayo sí tenía conversaciones por Facebook con S que eran en la noche.

Lo antes relacionado es lo que se puede condensar sobre la situación objeto de pesquisa en desarrollo del interrogatorio directo y del contrainterrogatorio, pero debe manifestarse que la víctima ofrece otros detalles de momentos antecedentes y consecuentes al 13 de agosto de 2014 en horas de la noche en desarrollo de la primera forma de su testimonio.

Precedentes a los hechos, indica que pocas veces se habían dado besos porque HSGD decía que estaba bien hacerlo y que amigos de la iglesia lo hacían (Récord: 1:24:34); de igual manera que en una sola ocasión que su mamá les permitió salir fueron a cine donde se presentó un incidente porque aquel la besó y metió la mano por debajo de la falda, es por lo que ella se sale de la sala de cine, él la alcanza, ella pide respeto y que la lleve a su casa, el acusado presentó disculpas y la invitó a comer, este acontecimiento se presenta a finales de julio de 2014.

Posteriores al episodio señala la víctima, que al día siguiente el acusado con su hermana K se presenta en el colegio, quien reiteró las amenazas que el día anterior había anunciado el acusado (récord 1:10:40) iterando que son gente peligrosa, carga emocional que hace que se desmaye y sea llevada a la enfermería de la institución educativa posteriormente al hospital infantil. En este lugar le cuenta a su madre lo sucedido por lo que al día siguiente acuden donde los pastores de la iglesia para poner en conocimiento lo sucedido, quienes propician una reunión con el agresor, en ese escenario el acusado lloró y pidió perdón, en otra ocasión los atiende el mismo agresor y les dice que los pastores no se encuentran y que su familia podía hacer cualquier cosa para callarlas y le dijo *mírate quien la iba a querer así* (Récord 1:15:30). Otro día en el barrio L M, cuando la víctima y su madre se disponían a salir de dicho lugar, llega el acusado con sus progenitores y es la madre de aquel quien emite improperios por la discapacidad que presenta y amenazas (Récord 1:13:30) y burlas.

Producto de todas estas circunstancias indica AJSP que se siente mal, tiene tristeza, no le dan ganas de nada ni de vivir, tiene temor a los hombres a tal extremo que no ha podido tener una relación de noviazgo (Récord 1:22:26), que se cambió de casa, de cama porque no podía dormir, desde los dos años dormía sola ahora debe hacerlo acompañada de su madre. (Récord 1:23:39)

Recordemos que para la apreciación del testimonio¹⁴ debe tenerse en cuenta la naturaleza del objeto percibido, la sanidad de los sentidos por los cuales se obtiene ese conocimiento, las circunstancias de todo orden como se recolecta, el proceso de rememoración, el comportamiento del testigo, la forma de respuestas y su personalidad.

Se ha dicho en los delitos sexuales, la víctima tiene esa doble condición, uno, de sujeto pasivo de aquellos sórdidos hechos, y dos, testigo directo

¹⁴ Artículo 405 del CPP

de los mismos por su vivencia. Es el caso de AJSP quien ha presentado un proceso de narración claro, preciso, con señalamiento en lugar, espacio y tiempo de forma diáfana, que se nota el dolor que tiene pues a lo largo de su relato presentó llanto al punto que se decreta un receso de la audiencia que recibe su testimonio, y se advierte que es el dolor que el recuerdo le produce, hay sollozos pero pese a ello sus respuestas son contundentes, sin titubeos ni duda alguna, es un relato espontáneo que denota sinceridad que fue muy rico en detalles, entregando toda la información que ella tiene.

Se recibe el testimonio de ASCD¹⁵, amiga y compañera de estudio al momento de los hechos de AJSP de quien expresa que un día llegó triste al colegio, que se aisló los profesores le preguntaban si le pasaba algo, no respondía y al final de la jornada le indico su preocupación de que pudiera estar en embarazo, a lo que ella le replica que de quien si no tenía novio siquiera solo un amigo que era S, momento en el cual bajo su cabeza y lloró (Minuto 20:30 archivo 19) y le cuenta que aquel abusó sexualmente de ella, aprovechando que sus padres no estaban (Minuto 20:52 archivo 19). Que mostró un comportamiento de desidia, llanto, que fue objeto de llamado de atención por los docentes (Minuto 22:42) lo que generó en la testigo un sentimiento fuerte en contra de HSGD, queriendo agredirlo con palabras, presentándose agresiones verbales mutuas el día que se presentó con la hermana en el colegio (Minuto 24:10) y que se dio cuenta que amenaza a AJ para que se tome unas pastillas, vio que ellos alegaron y momentos después AJ se desmaya. En la sala de audiencia lo señala. Dice que antes de este episodio era alegre, con buen apetito, amigüera, que era raro verla triste y menos llorando (Minuto 27:20) que el cambio fue extremo, porque no quería hablar con nadie y después ya no quería estudiar, se mostraba deprimida. Al contrainterrogatorio señala que AJSP lo conoce por medio de la iglesia cristiana, que siempre tuvo clara la amistad con él y lo veía como un hermano mayor. Al redirecto

¹⁵ Minuto 14:36 archivo 19 de fecha 16 de agosto de 2018

indica que su amiga siempre que salía lo hacía con la madre y que no la dejaban tener novio.

Testigo que el conocimiento que tiene respecto lo afirmado es producto de la amistad como compañeras de colegio que fueron, expuso el comportamiento de la víctima antes del insuceso y posterior a aquel. Corrobora que el acusado si acude al colegio donde observa que hay una discusión entre ellos, pero también la testigo frente a la hermana y a él tiene un enfrentamiento verbal.

Se muestra segura en sus respuestas, fue objeto de directo, contra, re directo y recontra directo sin entrar en dubitación alguna y por el contrario siendo enfática en lo informado. Claramente la observó luego de aquel hecho triste, y lo hace porque el cambio que sufre la amiga fue evidente, es testigo directo de insultos con el acusado y la hermana.

El psicólogo Víctor Oswaldo Peña Hernández¹⁶ adscrito al INML indica que valoró a una presunta víctima de abuso sexual, en el relato de la anamnesis indica que la menor tuvo un disgusto con una profesora en el colegio, que debió tomarse una pastilla, que llama a su amigo para que la recoja que guardan la moto en el antejardín, se discute el ingreso por ser cristianos, se discute el pago del transporte, y la petición de una bebida caliente por el amigo, que seguidamente él le propone que “*nos desvirguemos*” a lo que ella responde que no, que él la coge fuerte del brazo izquierdo y la lleva al cuarto, le quita la falda la besa en la cara, los senos y le pide que abra las piernas, que no le diga a nadie porque es un secreto, el sujeto se viste, se va y se desencadenan circunstancias de amenaza, que va al colegio para que tome la pastilla del día después, que al momento de narrar hay llanto. En su valoración señala que hay sentimientos de rabia al narrar los hechos materia de investigación, dificultades para conciliar el sueño, ha bajado de peso (minuto 26:31 del

¹⁶ Minuto 2:25 del archivo 9 de fecha 30 de abril de 2019

archivo 9 audiencia del 30 de abril de 2019) y entrega su conclusión en la que manifiesta el perito que ella presenta un relato claro, congruente, coherente con piezas procesales, sentimientos de rabia, estado depresivo y temor a los hombres, hay un cambio en su forma de ser, es fría, hay temor reverencial, temor a que se repitan los hechos por lo que concluye que hay trastorno por estrés postraumático (Minuto 27:50), que hay intento suicida por miedo a que suceda otra vez, pensamiento intrusivo y por ello se deprime (Minuto 33:30), que además por todas las cirugías que le han hecho que son 21 y el abuso sexual se desencadena estrés postraumático (Minuto 34:40) que se recomienda tratamiento psicológico y psiquiátrico. Manifiesta que complementó el informe para dar respuesta a interrogantes entre los que se dice respecto a si puede haber presión de la madre o la iglesia, y señala que es posible que haya presión y que hace que la víctima obviara alguna información por temor, pero no puede determinar quién la presiona, pero itera es solo una posibilidad porque no tiene ningún conocimiento al respecto (Minuto 45:50). La defensa no hace uso del conainterrogatorio.

Es la valoración que realiza un perito sicólogo, importante observar que en el aspecto de la anamnesis existe bastante uniformidad en el relato que la víctima presenta en audiencia, claro no dijo que la manifestación inicial de su agresor fue que “*nos desvirguemos*”, pero en lo demás resulta coherente dado que desde un primer momento ella dijo NO, y es cuando se viene el accionar basado en la fuerza del agresor en procura de saciar su libido abandonando su intención de accederla.

El perito señala con claridad que hay unas evidentes temáticas de referencia que demuestran lo sucedido, el llanto al relatar lo sucedido, su estado depresivo, su temor a los hombres, temor reverencial, temor que sea nuevamente víctima de estos hechos, los pensamientos intrusivos, su ideación de suicidio, todo lo cual genera estrés postraumático producto de aquel ataque sexual como de su situación de discapacidad.

Uno de los argumentos en que la defensa sustenta el recurso se refiere a que el perito cuyo análisis se realiza ha manifestado la presión bajo la cual obra AJSP, lo cual no puede concluirse de su experticia, por cuanto lo que indica es totalmente distinto a lo entendido por la defensa, solo que puede haber una posibilidad en la medida que se han omitido algunas conversaciones, pero es claro cuando dice que no tiene conocimiento quien puede realizar la presión.

Se recibe la experticia de la medico Magaly Realpe Palacios¹⁷, forense del INML, realizó valoración sexológica a AJSP el 28 de agosto de 2014, en la anamnesis el relato es muy similar al presentado ante el psicólogo. Indica que su mamá se entera el viernes 15 después del desmayo que sufrió; que no presenta antecedentes sexuales, tiene limitación para abrir el muslo con línea media del cuerpo, no presenta lesiones externas (Récord 1:1036 archivo 9), presenta una dermatitis en sus labios mayores y menores la cual tiene muchas causas que la producen (Récord 1:11:55), que no tiene libertad de movimientos, presenta hemiplejia derecha, que las funciones motoras como sensitivas están alteradas (Récord 1:14:01). No se hace uso del conainterrogatorio.

Lo que refleja el dictamen anterior es que no existe en el cuerpo de la menor evidencias externas de la acción típica realizada, pero si refiere que tiene limitaciones en sus movimientos que le impide separar sus piernas con facilidad aspecto que obró a favor de ella y causó que el actor ante dicha imposibilidad desiste de continuar con su cometido.

En su testimonio CSPP¹⁸, madre de la víctima, relata las causas de los problemas físicos que hoy tiene su hija, que por la fecha de los hechos su hija iba a clases en la jornada de la tarde, y ella debía atender diligencias respecto del esposo y padre de la menor que resultaban urgentes, que

¹⁷ Minuto 51:36 del archivo 9 de fecha de 30 de abril de 2019

¹⁸ Récord 1:18:06 del archivo 9 de fecha 30 de abril de 2019

ese día le dio las llaves que su hija dijo llegaba sola, la llamó entre 7 y 8 de la noche y la noto rara, no la dejaban salir sola, que solo una vez la dejo ir a cine con Steven a quien conoce desde la iglesia y se convierte en mejor amigo de su hija, su hija a ella también le contaba lo que aquel le decía. Que el señor Galeano después que su esposo fue encarcelado frecuentaba más la casa y salían en grupo, la ida a cine es un mes antes de los hechos, no se quedo a dormir en aquel inmueble, quien las acompañaba era su progenitora, que hay dos camas su madre dormía en la cama pequeña y ella con su hija en la cama grande, los temas que trataba con HSGD eran de la iglesia, de su hija decía ser la mejor amiga como una hermana, su hija no tenia novio; su hija le informó que le robó un beso y que le reclamó, que el día de los hechos luego de llegar a la casa escuchó llanto la fue a ver y estaba ausente, distraída, miraba un punto fijo interrogó a su hija sin obtener respuesta, escucho la conversación pero su hija le dijo que era de una amiga que hablaban, llama a HSGD para saber lo que le pasaba a su hija y solo le dice que le diga que ha dicho su hija, como su hija lloraba desconsolada le pregunto si había pasado algo entre los dos a lo que respondió que no (Récord 1:31:29 archivo 9), que al día siguiente su hija no quiso desayunar ni quería ir al colegio, que el viernes la llaman del colegio que su hija se ha desmayado y que ha tenido problema con un muchacho y una muchacha de una moto que la fueron a insultar; en el hospital infantil donde fue llevada, al reaccionar le dijo que estaban en peligro, que después entendería (Récord 1:36:38) que por la noche le dijo que HSGD abuso sexualmente de ella y que los amenazó con familiares peligrosos que tenían en Marquetalia y San Alban. En este hospital le dijeron que para examen de embarazo debía esperar 8 o 10 días. Que fueron donde los pastores quienes le preguntaron a HSGD si eran novios y él dijo que no, que se puso nervioso y lloró y sobre el abuso dijo que no sabía lo que hacía que se descontroló que le ayudaran porque lo querían denunciar que un error lo puede cometer cualquiera (Récord1:41:48), que ese sábado él la llamo y dijo que lo perdonara y que iba a pedir perdón delante de

toda la iglesia que lo haría el jueves del culto, pero en esa fecha no asistió (Récord1:42:37). Pasados 13 o 14 días HSGD la llama y como se encontraban ella y su hija en el barrio L M, a dicho lugar hace aparición en compañía de los padres, la señora A madre de aquel les dice que su hijo no está solo y de inmediato procede a lanzar insultos y frases discriminatorias por la discapacidad de su hija, y amenazas por contar con familia en Marquetalia y San Alban, que se hacen cargo del bebé si es por el embarazo pero no se atreven a denunciar, ello ocasionó alteración en su hija, este acto las pone mal y el 28 de agosto la acompaña a presentar la denuncia (Récord1:47:49). Señala que no ha influido ni ha obligado a su hija a presentar la denuncia, que solo le brindó apoyo. Que su hija era valiente, alegre le gustaba pasear y después de los hechos es triste, que aún no se logra recuperar esa hija de antes, que se afectó el rendimiento escolar, bajaron sus notas y no quería asistir a clase (Récord1:53:40). Relaciona los especialistas que han tratado a su hija neurólogos, pediatras, ortopedistas, reumatólogos, fisiatras, en la ciudad de Bogotá, Cali y Pasto. Al conainterrogatorio señala que después de estos hechos las conversaciones por Facebook si siguieron, que después de que fueron a cine volvió el día de los hechos, su hija dijo que el abuso fue sin su consentimiento.

Testimonio claro, preciso que ofrece información que resulta importante para la definición de la forma de realización de los hechos, con naturalidad indica las patologías que presenta su hija, como la han tratado muchos especialistas, las cirugías que le han realizado, que el día de los hechos su hija estaba muy distraída y lloraba mucho, se extracta de su dicho que pese a estos padecimientos su hija tenía una actitud alegre, muy sociable y que luego de este preciso incidente su hija resultó muy afectada no solo por la tristeza que tiene sino que su rendimiento escolar se mostro bajo y sin querer acudir a recibir la educación. Que no tenía novio.

Pero de igual manera resulta importante porque ratifica afirmaciones realizadas por la víctima, como que pocas veces salió sola, que se desmayó le avisan a ella y es en el hospital infantil donde la encuentra, sitio en el cual le cuenta del abuso que fue objeto, por ello la manifestación si estaba o no en embarazo y la respuesta que debe tomarse la prueba en 8 o 10 días. También que fueron donde los pastores que orientan las creencias que profesan donde afirma el acusado dijo haber obrado sin control y que después la llama para proponer acto de perdón en el culto sin que compareciera.

Con ella se verifica que fueron objeto de amenazas por parte de la madre del acusado, pretendiendo infundir temor para evitar ser denunciado, con claridad expone que no había relación sentimental entre los dos.

Testimonio que se muestra creíble, además no se desvirtúa de forma alguna y da cuenta de las situaciones que ella por sus sentidos observo.

Señala la norma procesal penal¹⁹ que los testimonios se analizan en conjunto pero los criterios de cada uno se exponen en cada acápite, es la Sala ha venido realizando con cada uno de los testigos que desfilaron como parte del sustento probatorio del ente acusador, a cada uno se ha dado la trascendencia en el punto adecuado porque tienen estos testigos la gracia de ser directos en unos aspectos e indirectos en otros, por ejemplo, todos son directos de la actitud de tristeza que hoy tiene AJSP, que se ha dado un cambio sustancial en ella, son directos de haber padecido un incidente de insultos, pero se han mantenido con fuerza probatoria en sus respuestas.

Ello permite realizar el análisis en conjunto, por cuanto son testigos que armónicamente dan brindan su conocimiento encontrando sustento el dicho de la víctima, donde indica fue violentada en su bien jurídico por su

¹⁹ Artículo 380 del CPP

amigo, quien en contra de su voluntad realizó todos los actos descritos, que realiza oposición y suplicas para que se detenga sin conjurar aquel ataque, que la oposición física que podía realizar era poca dadas sus limitaciones por las patologías que presenta y luego del hecho entro en crisis emocional con mucho llanto, pero procura mostrarse valiente ante su agresor quien ha proferido amenazas en su contra, contra su familia y su padre que se halla en reclusión, por lo que decide seguir en las conversaciones por el chat.

Si bien no le quería decir a la madre, creía que de esa manera los protegía luego ya decanta cual era la razón para no hacerlo, la menor para aquella época, sentía temor por las amenazas que profirió el sujeto en contra de ella y su familia, es que se debe tener en cuenta que el agresor era para ella un alivio en medio de su vida con una delicada salud, era la persona que la escuchaba en quien ella había depositado su entera confianza, una persona que lo dijo era manipuladora; para la fecha de los hechos su padre no estaba con ellos, la vulnerabilidad de ella era tal que como lo dijo la amenazaba con retirar su amistad sino se hacían las cosas como él quería tampoco puede pasar desapercibido que el sustento de esta amistad lo genera las predicas a las que juntos asisten, es decir había muchos elementos de bondad que hacían especial dicha amistad, y al dar ese cambio absoluto al agredirla de esa manera, y anejo esgrimir fuertes amenazas en contra de ella y su familia, encuentran eco en esta menor por su estado emocional.

De los momentos que se han presentado insultos resultan ciertos así lo corroboran la amiga AS y su progenitora, que como se ha dicho la pretensión es evitar el denuncia y no se refutó la presencia ante los pastores de aquella iglesia en la que el acusado aceptó haber obrado de forma descontrolada por lo que pedía que lo perdonaran y que no fueran a permitir que lo denunciaran.

Los anteriores análisis para señalar que lo dicho por la menor se ha demostrado en estos aspectos, que su narración ha sido verosímil por tanto debe darse también credibilidad en cuanto al ataque de que fue objeto en la forma como lo narró, que su discapacidad en esta ocasión obró para bien para evitar que el agresor pudiera satisfacer su libido, porque no se compagina que después de tal execrable acto profiera agravios por la condición física.

Aunado a lo anterior, hay un grupo de testigos como son ASCD y CSP que dan cuenta que pese a las dificultades físicas antes del hecho que se investiga era alegre, sociable, pero a partir de aquel acontecimiento se muestra triste, mucho llanto, en el colegio era distraída y con apatía por el estudio, también le produjo baja de peso, temor a los hombres, temor a que se repita lo ocurrido y lo que ha imposibilitado asumir un noviazgo, con rabia al narrar lo sucedido dijo el perito psicólogo Víctor Oswaldo Peña,

Al adecuar estas piezas como un rompecabezas, claramente se observa que el dicho de la víctima AJSP tiene respaldo probatorio y se presenta la corroboración periférica además que no se ha demostrado que exista un motivo diferente que incite a denunciar al acusado, ni siquiera sutilmente se demuestra que exista presión de persona alguna para que presente acusación en contra de HSGD.

De las pruebas de la defensa se recibe el testimonio del perito Álvaro Chaves Cabrera²⁰, quien dijo haber valorado a HSGD Galeano, pero termina haciendo un análisis de los elementos que tuvo a su disposición para la valoración, señalando que son novios, que los hechos se producen bajo el consentimiento, por lo que la judicatura en ese momento llama la atención que tal valoración no es del resorte del perito; dice que no valoro a la menor a quien inicialmente en el contrainterrogatorio dice

²⁰ Minuto 3:20 archivo 1 de fecha 30 de abril de 2019

no conocer que no la ha tenido como paciente, a lo que la fiscalía presenta documento para refrescar memoria en el sentido que si hay una valoración de este testigo por psiquiatría para control adiada el 3 de julio de 2018, señala que no era necesario verificar quien era la otra persona.

Es un testigo perito pero no depone sobre valoración que por su especialidad le haya realizado al acusado, como lo advirtió el *A quo* el análisis de los elementos probatorios no es una labor del perito, él debe entregar el conocimiento que tiene indicar que encontró en el acusado, pero de ello no se ventiló nada en esta práctica probatoria, por lo tanto en nada ayuda al esclarecimiento de los hechos, menos cuando ni siquiera recuerda haber valorado a la víctima lo que si realizó en una de las IPS de la ciudad.

Ofrece su declaración el acusado HSGD²¹, indica que es estudiante de diseño gráfico, que es cristiano evangélico, que estaba estudiando y A lo llamo para que la recogiera, siempre lo hacía, que llegan a su casa y no quería entrar por ser cristiano, ante la insistencia lo hizo, se tomo un chocolate, se empezaron a tocar, a besar, que ella dijo no estar cómoda van a la habitación se quitan la ropa luego de ello se despiden bien y en la noche siguen hablando normalmente por Facebook, mensajes de WhatsApp y de teléfono que mas o menos 10 días después fueron normales las conversaciones, que aquellas conversaciones están desde mayo a agosto de 2014. Dice que, si tuvo relación sentimental con A, que eran amigos especiales, como noviazgo, si se decían amor, te quiero mucho, te he pensado todo el día, que le decía mocosa y en un documento que contiene mensaje que textualmente lee dice: *“mocosa, dime si en la vida siempre seremos amigos, los amigos se aman, se quieren, se valoran.”* Ella responde: *“Le da miedo entregar su corazón y que le hagan daño”* (Récord 40:00 del archivo 8 del 8 de agosto de 2019). Mensaje que corresponde al 4 de agosto de 2014 a las 23:09. Que

²¹ Minuto 42:55 archivo 1 de fecha 30 de abril de 2019

posterior a los hechos si ha tenido conversación en horas de la noche por el chat del Facebook, se expuso un dialogo por estos medios sobre si había eyaculado y muestras encontradas en el interior, señala que es esta la preocupación que tenía por posible embarazo, en otros mensajes habla de la pastilla postday, conversaciones de fechas del 13 al 15 de agosto de 2014.

El sistema penal acusatorio como todo sistema penal dentro de un Estado Social, faculta al acusado para renunciar a su derecho a guardar silencio y hacer uso de la opción de brindar su testimonio por lo cual debe someterse su exposición al crisol de la sana critica, como se ha efectuado con los demás medios de convicción. Es un derecho tan importante que tiene el acusado que le da la posibilidad de controvertir lo que hasta ese momento se ha levantado en su contra, claro no es solo oponerse, debe confutar con sustento probatorio.

En el caso que nos ocupa ha dicho el acusado que siempre la recogía, de lo que la víctima ha dicho que tal acción sucedió en pocas veces, y la madre de AJSP ha dicho que los permisos concedidos eran pocos, por cuanto el escenario de encuentro no era el colegio, sino la iglesia a la cual concurrían la familia de la ofendida al igual que el acusado y se ha indicado que una sola vez se ha concedido el permiso y era para ir al cine.

Ambos manifiestan que por los postulados de fe tenían claro que no podían estar solos en una casa, no era bien visto, sin embargo, terminan al interior de la casa, pero más allá de un precepto si es bueno o no, adecuado o no, estar solos, lo que debe practicarse es el respecto por el semejante, frente a la sociedad y aún si la sociedad no me está observando.

Si bien el acusado ha señalado tener una relación de noviazgo con la víctima, la que ella ha negado, vemos que no hay elemento de sustento alguno que permita creer que el acusado está en lo cierto, lo dicho por ella es que tenían un trato de buenos amigos, con utilización de términos cariñosos, con buenos detalles, pero todo ello no es suficiente para creer que se tiene una relación sentimental, menos lo podía tomar como cierto, cuando se había presentado un incidente justamente el día que salieron a cine, donde el acusado trasgrede los límites de la amistad y encuentra el reclamo de ella quien llama al respeto, hecho sucedido a finales de julio de 2014, por tanto la manifestación que había una relación sentimental no tiene soporte en las pruebas arrimadas al proceso penal, al punto que el mensaje que fue leído por el acusado respecto de la conversación que sostenían en el chat, no es indicativo que exista una relación de noviazgo, con claridad se refiere a una amistad.

En cuanto a la forma como llevaron a cabo los hechos, según el dicho del acusado, no resulta coherente lo narrado, si como lo pretende exponer todo fue bajo el consentimiento de la menor, cual la razón para que no se consumara, vemos que su narración indica que ante la manifestación de falta de comodidad de *ella* se trasladan a la habitación y su relato solo llega hasta que se despojan de las prendas y que luego se despiden, es una exposición acomodada sin entrar en detalles, poco expresiva, no dice si hubo acceso o no, de la forma como lo relata debe conjeturarse que se ha dado sin embargo al dar plena credibilidad al dicho de la menor el cual encuentra respaldo probatorio y se da la corroboración periférica claro es que el hecho sucede como lo dice la menor.

Otea la Sala que del relato que hace la menor, se observa un *iter criminis* del acusado refleja su pretensión lasciva desde el mismo momento que la recoge, pregunta si van a estar solos en su casa, le exige con cierta morbosidad como le va a pagar el servicio prestado, que lo deje ingresar que no va a pasar nada malo, a la llamada de su progenitora no diga que

está presente, que cuanto se demora la progenitora, para luego con violencia asirla y para tratar de accederla debiendo abandonar su primera intención para ofuscado salir del inmueble.

Sobre el aspecto esencial resulta contrario lo expresado por el acusado, por cuanto el examen sexológico realizado a la menor expone que ella presenta un himen festoneado íntegro no elástico²², lo que refleja la no existencia de una penetración que encuentra coherencia con la imposibilidad que ella presenta para separar sus piernas, como tampoco ninguno de los actores hace referencia a una eyaculación, todo resulta absolutamente contradictorio aún más con la actitud de preocupación existente y expuesta en los mensajes referidos que hablan de la pastilla del día después y de presentarse al colegio donde estudia AJSP para entregar aquel medicamento. Y en gracia de discusión si como deberá suponerse por el relato del acusado, se da una relación sexual normal y consentida porque la preocupación manifestada a la menor donde fue su eyaculación.

Como tampoco resulta razonable que, si se trató de un encuentro sexual consentido, luego de aquel se produzca unas amenazas en contra de ella, de su familia, como se demostró que hasta los progenitores del acusado lanzaron amenazas e insultos, con el propósito de que no sea denunciado como al parecer era lo pretendido.

Y sobre este tema de los mensajes que se expusieron en audiencia procuraron ingresar como medio de prueba y que al final no se solicitó, debe decirse que solo se refieren hasta el día 15 de agosto de 2014, fecha que coincide con la aparición del procesado al colegio de la víctima en compañía de su hermana, donde existe no solo la confrontación entre las partes sino también la hermana con la víctima y la testigo ASC.

²² Archivo 9 récord 1:11:55

Es por lo que no puede darse credibilidad al dicho del acusado, su manifestación simple y llana no encuentra respaldo probatorio alguno, por el contrario, choca sustancialmente con el principal testigo que es la menor que se itera es una declaración que tiene sustento.

Importante dejar claro en este momento, que el sistema penal tiene unas técnicas como se dijo que deben respetarse como parte de las garantías por la adecuada producción probatoria, su desconocimiento o su mal manejo ofende el debido proceso por lo cual el Juez como sujeto imparcial no puede permitir prácticas violatorias de las formas de admisión de la prueba.

La Sala ha reiterado el uso de las herramientas que el procedimiento penal ofrece a las partes para la defensa de los intereses que representan, es por lo que con claridad el artículo 393 de aquella normatividad señala la finalidad del conainterrogatorio y en su numeral a) consagra que es refutar al testigo que ha declarado, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, refutar significa: *Contradecir o impugnar con argumentos o razones lo que otros dicen*. En palabras más sencillas, el uso del conainterrogatorio debe ser para restar credibilidad al testigo que ha declarado, si no se hace uso del conainterrogatorio o se hace mal uso, la prueba vertida se deja a la valoración que en virtud de la sana crítica realice el Despacho.

En línea con lo anterior para señalar que en conjunto la prueba de la defensa no logra desvirtuar lo demostrado por la prueba de cargo que realiza el dicho de la víctima, hay sustentos probatorios y corroboración periférica respecto de las actitudes y comportamientos que ella presentó posteriores al hecho, sin que exista duda alguna respecto de la responsabilidad penal que debe encarar el acusado.

Y es que el acusado estuvo durante la practica probatoria y para nada la defensa desvirtuó lo expuesto por los testigos del ente acusador, como que preparaba el escenario para estar a solas con la menor al extremo que le dijo a AJSP que no le diga a la madre que estaba en aquella casa; que luego de aquel conato de acto amenazó a la menor, que salió ofuscado, que le proporcionó la pastilla del día después en el colegio, que tanto él como su hermana tuvieron una discusión con la víctima y su amiga, que en el barrio L M, junto con su familia en especial su progenitora amenazó en insulto con palabras discriminatorias a AJSP por su condición física y a la madre de ella, que estuvieron donde los pastores dialogando sobre lo sucedido, que en aquel contexto aceptó haber perdido el control, que un erro lo puede cometer cualquiera, que se comprometió a acudir al culto a pedir perdón sin que asistiera, y la naturaleza de amenazas que profirió.

Debe de igual manera la Sala indicar que el testigo perito presentado por la defensa no presentó valoración alguna que del acusado dijo había realizado y a quien había tenido en su consultorio que fue la víctima no supo exponer tal valoración. Como acertadamente lo dijo el *A quo*, su fin como perito no era hacer un análisis de los elementos materiales que le habían entregado para la valoración que iba a realizar.

En este orden de ideas, es claro que el acusado no ha podido desvirtuar la acusación en la forma como se indica sucedieron los hechos que desde un inicio presentó la víctima, la forma de narración de ella ha encontrado eco en los medios de convicción allegados en forma legal en la etapa de juicio, su dicho es creíble, su narración espontánea, se itera hay respaldo probatorio en sus manifestaciones al igual que se ha confirmado los cambios de actitud y de comportamiento a partir de los hechos, secuelas que aún presenta, no se ha demostrado que exista un interés distinto al que haya justicia que la motivo para acudir ante las autoridades judiciales.

Corolario de lo anterior, si los hechos se han presentado como la menor los ha relatado, como en el ítem anterior se dijo el comportamiento penal sucedido debe adecuarse al tipo penal del artículo 206 del C. Penal del acto sexual violento cuyos límites punitivos se enmarcan con un mínimo de 8 años (96 meses) y un máximo de 16 años (192 meses) de prisión.

El sentenciado HSGD fue condenado a 80 meses de prisión por la tentativa de acceso carnal violento por el *A quo* lo cual es igual a 6 años y 8 meses, pena que ostensiblemente es más favorable al condenado y que en tratándose de la defensa como apelante único opera en su favor el principio constitucional y legal de la no reforma en peor, en consecuencia, se debe imponer la misma pena, pero se modificará en cuanto al delito consumado que no es otro que acto sexual violento.

En este orden de ideas, el fallo deberá ser modificado para adecuarlo en estricta tipicidad al delito que ha realizado el sentenciado HSGD y que se demostró con el análisis realizado de los medios probatorios que resultan suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia de que gozaba el mencionado, conforme lo estipula el artículo 381 del código adjetivo penal.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1°. **MODIFICAR** el numeral PRIMERO de la sentencia de fecha 02 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de

Pasto, y en su lugar se dispone: CONDENAR a HSGD identificado con la cédula de ciudadanía número xxxx expedida en Pasto, por encontrarlo penalmente responsable del delito de ACTO SEXUAL VIOLENTO a la pena principal de ochenta (80) meses de prisión y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena principal, por las razones expuestas en precedencia.

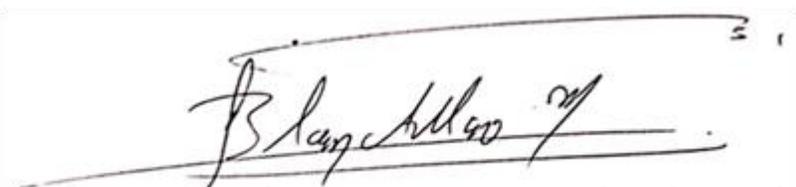
2°. Confirmar en lo demás la sentencia objeto del recurso de apelación.

3°. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que en su contra procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y Cúmplase



HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Penente



BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

2331



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

REGISTRO DE PROYECTO No. 067

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES
LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-1517 del 15 de marzo de 2020, mismas que se han ampliado de manera progresiva mediante acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el proceso penal de la referencia.

Pasto, 21 de abril de 2021.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario