



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SECRETARIA SALA PENAL

Neiva, 08 de julio de 2020
Oficio N° 4866

Señor

FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE – PROCESADO-
Vereda los Cauchos
Guadalupe.

Proceso 2014 80005 01

Procesado: **Fernando Justino Acosta Bernate**

Delito: Acto Sexuales con Menor de 14 años

Notificación decisión 2ª Instancia

Comendidamente me permito notificarle que mediante sentencia de fecha 19 de junio de 2020, proferida dentro del proceso de la referencia. La Sala Segunda de Decisión Penal de esta Corporación, dispuso lo siguiente:

“PRIMERO-. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Garzón, Huila, el 12 de abril de 2018, y en su lugar **CONDENAR** a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, identificado con cédula de ciudadanía 83.058.039, como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, tipificado en el artículo 209 del C.P., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO-. IMPONER a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, la pena principal de nueve (9) años de prisión.

TERCERO-. IMPONER a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la pena de prisión.

CUARTO-. NEGAR al sentenciado la suspensión de la ejecución de la pena, de que trata el artículo 63 del Código Penal, y la prisión domiciliaria del artículo 38B del C.P., según lo explicado en esta decisión.

Para hacer efectiva la pena de prisión librese de inmediato orden de captura contra **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, la cual será gestionada por la Secretaría de esta Sala de Decisión.

QUINTO-. COMUNICAR la sentencia, una vez en firme, a los organismos señalados en el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal, y enviar la ficha técnica con sus anexos al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de reparto.

SEXTO-. Contra este fallo procede la impugnación especial de que trata el Acto Legislativo 01 de 2018 y la sentencia AP1263-2019, radicación 54215 del 3 de abril de 2019 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La cual podrá interponerse y sustentarse por el procesado y/o su defensor, dentro de los mismos términos señalados en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

SÉPTIMO -. Para las demás partes e intervinientes procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá interponerse dentro del término señalado en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

OCTAVO -. La notificación de esta providencia queda surtida en estrados sin perjuicio realizarse de forma personal de conformidad con lo establecido en el artículo 169 de la Ley 906 de 2004.

“Notifíquese y Cúmplase. (fdo) JESÚS HERNANDO CABALLERO QUINTERO DELGADO. Magistrado”

Notificación que se surte virtualmente, atendiendo el protocolo de fecha 30 de abril, emanado por la presidencia de la Sala Penal de esta Corporación, motivo por el cual le informo que el correo electrónico **ypenagoa@cendoj.ramajudicial.gov.co** se encuentran habilitados para la recepción de cualquier solicitud.

Firma virtual
YEFERSON LEONARDO PENAGOS ANGEL
Escribiente Sala Penal



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA, HUILA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN PENAL**

Fecha: Neiva, diecinueve (19) de junio de 2020

Magistrado ponente: José Enrique Jesús Hernando Caballero Quintero

Radicación: 41-319-61-05772-2014-80005-01

Procedencia: Juzgado 2° Penal del Circuito de Garzón, Huila

Delito: Actos sexuales con menor de catorce años

Acusado: **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**

Motivo de alza: Apelación sentencia

Decisión: Revoca y condena

Acta: 611

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

1. La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la víctima contra la sentencia dictada por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Garzón, Huila, el doce de abril de 2018, por medio de la cual declaró no responsable a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE** del delito de actos sexuales con menor de 14 años.

II. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

2. Los hechos que dieron origen a la presente investigación fueron narrados por el ente acusador en la forma que sigue:

"Se tiene que recepcionada la denuncia a la señora ERIKA ESPINOSA POLANÍA, esta manifiesta que para el día 01 de enero de 2014, se encontraba en su casa en la vereda los cauchos del municipio de Guadalupe – Huila, aseando a su hija, cuando notó en los interiores de la niña una extraña mancha como flujo, que para el día 02 de enero cuando se encontraba descansando siendo como las siete de la noche se acordó y en compañía de su esposo JOSÉ GREGORIO SÁNCHEZ GONZÁLEZ, le preguntó a su hija M.J., si alguien le había tocado los genitales, a lo que la niña se puso a llorar y respondió que el señor FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE, a quien conoce como "LALO", que siempre le acariciaba todo el cuerpo y le tocaba ahí, señalándose su vagina, le metía el dedo de su mano causándole mucho dolor y le decía que no le contara a nadie y

que este hecho se venía presentando en el hogar de Bienestar Familiar de la señora LEIDY CUÉLLAR, quien es la esposa de este señor y vive también en la Vereda Los Cauchos, agregando que esto no lo hacía solo con su hija sino con las demás niñas que iban al hogar infantil, sin saber decir con cuáles otras niñas."

III. ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES

3. Ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Garantías de Garzón, Huila, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, el 5 de enero de 2014.

4. El conocimiento de la acusación correspondió por reparto al Juzgado 2º Penal del Circuito de Garzón, Huila, que realizó la respectiva audiencia el 21 de agosto de 2014.

5. La audiencia preparatoria se realizó el 26 de febrero de 2015. El juicio oral inició el 27 de abril de 2015. Continuó en sesiones del 4 de agosto, 4 de noviembre, 4 de diciembre de 2015, 5 de julio, 5 de octubre, 17 de noviembre de 2016, 18 de julio de 2017. El 12 de abril de 2018, se continuó el juicio y se profirió la sentencia objeto de la apelación.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

6. La *A quo* consideró en el caso sub *examine*, luego de referirse a los hechos, identificar al procesado, delito acusado, rememorar la actuación procesal, práctica probatoria y alegatos de conclusión; que no se demostró más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal de **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, en el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

7. Argumentó que, la niña M.J.S.E., dio a conocer que el acusado la tocó en sus genitales mientras se encontraba en el hogar infantil "Tom y Jerry". Sin embargó, no dio credibilidad a su dicho, porque al momento de los hechos tenía tres años de edad y cuando declaró cinco. Circunstancias que le impidió comunicar claramente las

circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre los vejámenes sexuales que sufrió.

8. El relato de la menor no fue verosímil con las pruebas practicadas. En razón a que era imposible que el procesado realizara tocamientos a la menor, sin que los compañeros de clase, la madre comunitaria y la encargada de los alimentos se dieran cuenta, al estar en el mismo lugar.

9. Advierte que en el juicio oral se demostró que **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, no permanecía en el hogar infantil. Solo iba a almorzar y después salía. Lo que corroboró Alexandra Calentura Castellano, delegada del ICBF, al practicar visitas esporádicas y sorpresivas al inmueble y nunca observó al acusado allí.

10. Afirmó que, Graciela González Sánchez, Clara Pimentel Bermeo, Orfilia Sánchez Ibarra, Gonzalo Gutiérrez Pimentel, Danny Luz Losada Floriano, vecinos de la Vereda Los Cauchos, sus hijos estudian en el hogar infantil y no han tenido noticia sobre alguna situación delictual.

11. La progenitora de la menor, como no observó los hechos, no puede dar razón de ellos.

12. Claudia Patricia Vargas Cedeño, psicóloga forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, expuso que, evaluó la coherencia del relato de la menor. Concluye que no tiene alteraciones a nivel mental. La *a quo* considera que al no haber prueba para coadyuvar su relato, es una testigo de oídas.

13. Critica que la Fiscalía no presentó otros medios de prueba que respaldaran lo dicho por la menor víctima. Lo que genera duda sobre la materialidad del delito. En consecuencia, absuelve a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, por el punible de actos sexuales con menor de catorce años.

V. RECURSO DE APELACIÓN

14. La opugnadora refiere que con el testimonio de la niña M.J.S.E., se dio a conocer que **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, apodado "Lalo", le cogió la vagina y le metió el dedo en

el hogar infantil "Tom y Jerry". Declaración que no se desmintió con ninguna prueba practicada en el juicio oral.

15. El relato de la menor se corroboró con la declaración de Erika Paola Espinosa Polanía, madre de la infante. Persona que manifestó que su hija le contó que "Lalo" le tocaba la vagina. Lo que le provocó ardor. Razón por la cual la llevó al médico donde le indicaron que la niña había sido manipulada. Testigo que relató que los hechos ocurrieron el 2 de enero de 2014. En una habitación del hogar infantil "Tom y Jerry". Hogar al que asistió la niña desde la edad de un año.

16. Destacó que, Claudia Patricia Vargas Cedeño, valoró psicológicamente a la menor. Afirmó que el relato de los hechos por ella entregado era coherente, no le encontró alteraciones a nivel mental. Advirtió que el desarrollo cognitivo de la menor era acorde con la edad cronológica. No presenta menoscabo psicológico. Testigo que descartó que la niña se hubiera retractado respecto del señalamiento efectuado contra el acusado.

17. Aseveró que, la existencia del abuso sexual se conoció según la progenitora de la menor al observar flujo en los interiores de su hija. Igualmente, le vio un color rojo anormal en la vagina de la menor. Al interrogar a su hija sobre estas circunstancias, respondió que "Lalo", le cogía la vagina y le metía el dedo.

18. Manifestó que, el testimonio de la niña no fue desacreditado, tampoco se tachó de falso. El que goza de plena credibilidad. En especial, cuando la víctima conocía a su agresor, como "Lalo".

19. Criticó que, la juzgadora se basara en el testimonio de Alexandra Calentura Castellanos, coordinadora de Hogares Comunitarios, para descartar la ocurrencia de los actos sexuales, pasando por alto que no era función de esta persona realizar esa clase de indagaciones.

20. Igualmente, expresó que, los testigos de la defensa solo depusieron sobre el comportamiento del procesado ante la

comunidad. Pero sobre la conducta ilícita ejecutada a la menor, en el hogar infantil "Tom y Jerry" nada expusieron.

21. La juez de primer nivel no valoró en conjunto las pruebas. La sentencia absolutoria la fundamenta en falencias de la menor en el relato de los hechos y en el resultado del análisis médico. No tuvo en cuenta que la niña fue clara al señalar que el acusado fue quien le tocó la vagina.

22. De la misma manera, desconoció que estos delitos se consuman a puerta cerrada. Razón por la cual, los progenitores de la niña, Erika Paola y Gregorio Sánchez, acuden al puesto de salud más cercano, en el que se dictaminó que la menor fue manipulada sexualmente.

23. Así las cosas, solicita revocar la sentencia de primera instancia y condenar a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, como responsable penalmente del delito de actos sexuales con menor de catorce años.

VI. NO RECURRENTES

24. El defensor manifestó que, el testimonio de la menor no desvirtuó la presunción de inocencia de su prohijado. Generó dudas. Por lo tanto, la decisión de primera instancia fue absolutoria.

25. Resaltó que, que al confrontar el testimonio de la menor con los demás medios probatorios, no hay verosimilitud. Tal como se desprende de las pruebas científicas en la que se dice que el flujo vaginal de la infante se daría por causas diversas, como condiciones fisiológicas, de aseo, entre otras. Sin establecer que fueron como consecuencia de tocamientos sexuales.

26. El togado enfatiza que los testimonios aportados por la Fiscalía son de oídas. Los que no aportaron información alguna sobre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad de su prohijado. En consecuencia, se tenía emitir sentencia absolutoria.

27. Agrega que, el testimonio de la niña es incoherente. En efecto, dice que "Lalo" le metió el dedo lo que le producía dolor.

Circunstancia que quedó desvirtuada con el testimonio del médico legista, quien expuso que toda menor de nueve años, que sea penetrada en su vagina por un órgano viril, dedos y objetos, hay desgarramiento del himen, aunque sea elástico. De tal manera, que si el dicho de la menor fuera cierto, su himen tiene que estar desgarrado. Aunado a ello es una niña de tres años, con himen no elástico.

28. Adujo que, aunque en el juicio se probó que el hogar infantil dejó de funcionar por un tiempo, después continuó funcionando. Por lo anterior, solicita confirmar la sentencia absolutoria.

VII. CONSIDERACIONES

A. Competencia

29. Esta Sala de decisión es competente para conocer de este proceso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34.1 del CPP. Pues se trata de resolver el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia proferida por un juez penal del circuito de este distrito judicial en una actuación adelantada por hechos ocurridos en esta sede. Tal competencia se ejercerá con estricto respeto del principio de limitación. Principio que habilita a la Sala para pronunciarse sobre lo que es objeto de apelación y lo inescindiblemente relacionado con ello.

B. Fundamentos para dictar sentencia condenatoria

30. El legislador en aras de salvaguardar el principio constitucional de la presunción de inocencia, previsto en el artículo 29 de la Carta Política como postulado que integra el derecho fundamental al debido proceso y que además encuentra explícito desarrollo normativo en los artículos 7º y 381 de la Ley 906 de 2004, vincula el fallo de carácter condenatorio a la demostración más allá de toda duda acerca del delito imputado y respecto de la responsabilidad penal. En fin, a la satisfacción de ineludibles exigencias sustanciales.

31. Atendidas tales regulaciones, conviene enfatizar, en el evento de echarse de menos esos requisitos probatorios, el pronunciamiento conclusivo de las instancias no puede ser diverso a la absolución. De igual modo, que la providencia de dicho contenido y alcance impone también, al tenor de las disposiciones citadas en precedencia, cuando persisten dudas en torno a alguno de esos hitos, pue en este caso son de impelida definición a favor del procesado en aplicación del postulado del in dubio pro reo, máxime que la carga de la prueba recae en el órgano de persecución penal.

32. Por otra parte, como la opugnadora solicita en el presente asunto de la sala por una parte, la revocatoria de la sentencia absolutoria proferida por el *A quo* a favor del procesado **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, en su lugar, la condena. La definición de estas pretensiones surge vinculadas obviamente al análisis conjunto de las pruebas acopiadas, como es reivindicativo en forma explícita en el artículo 380 de la Ley 906 de 2004.

C. Problema jurídico

34. De la sentencia recurrida y del recurso interpuesto por la Fiscalía, se infiere que el Tribunal debe determinar si la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito Garzón, Huila, en contra de **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE** es jurídicamente correcta o no. Para ello, la Sala debe abordar dos problemas jurídicos, así:

a. ¿Existe conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la materialidad de los delitos endilgados al procesado?

b. En caso de ser positiva la respuesta al anterior interrogante, habría que resolver uno adicional: ¿Existe conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad de **ACOSTA BERNATE** en el delito de actos sexuales con menor de catorce años?

D. Solución de los problemas jurídicos planteados

35. La Sala en el cometido anunciado, parte de la conducta punible de la cual fue acusado **BERNARDO JUSTINO ACOSTA BERNATE** que se encuentra contemplada en el artículo 209, del estatuto de las penas.

36. *Ab initio* se expresa que las partes y apoderado de la víctima no discuten que la niña M.J.S.E., nació el 24 de julio de 2010. Es hija de Erika Paola Espinosa Polanía y José Gregorio Sánchez González, circunstancia que se acreditó con el Registro Civil de Nacimiento NUIP1.117.821.409. Serial 51496244¹.

37. Asimismo, se estableció que la infante acudió al hogar infantil “*Tom y Jerry*” a partir de un año de edad. Ubicado en la vivienda de propiedad de **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**², conocido por la menor como “Lalo” y su esposa, Leidy Viviana Cuellar Pimentel, madre comunitaria.

38. La juzgadora de primer nivel absolvió al acusado del delito de actos sexuales con menor de 14 años, al considerar que el testimonio de la niña M.J.S.E., no tuvo la contundencia para acreditar la materialidad del delito ni la responsabilidad del encartado. Tampoco contó con respaldo en los restantes medios de pruebas practicados. Valoración que esta Sala de decisión estima errada, como pasa a explicarse.

39. La menor M.J.S.E., se presentó en juicio oral a rendir testimonio el 27 de abril de 2015. En esa oportunidad, la Defensora de Familia designada, interrogó a la infante sobre los hechos objeto de investigación de conformidad con los cuestionarios entregados por la Fiscalía y defensa. La niña relató que vivía con su papá, mamá y abuelita en la vereda “Los Cauchos” del municipio de Guadalupe. Señaló que, su abuelita y su tía la cuidaban cuando sus papás no se encontraban en la casa o se iban de viaje.

¹ Folio 32 cuaderno de primera instancia.

² Persona plenamente identificada e individualizada según estipulación número 1.

40. La ofendida manifestó conocer a "Lalo", persona que también vivía en la vereda "Los Cauchos. Concretamente en el hogar infantil donde estudiaba.

41. Manifestó que, "Lalo" le "*metió el dedo en la vagina*", cuando se encontraba en una de las habitaciones en el hogar infantil donde dormían. Igualmente, la niña durante su declaración reconoció que la vagina quedaba ubicada en su zona genital.

42. Suceso que le contó a sus padres. Así mismo, negó que, alguna persona le sugirió o influyó para afirmar que "Lalo" le había metido el dedo en la vagina.

43. La juzgadora arribó a esta conclusión de restar poder suasorio a la declaración de la infante, en razón a que por su corta edad no dio a conocer las circunstancias de tiempo modo y lugar como ocurrieron los hechos.

44. La Sala en el cometido anunciado, parte de replicar a la juzgadora de instancia, contrariamente a su comprensión, que era evidente que la menor por su corta edad no iba a entregar todos los detalles sobre la ocurrencia de los hechos delictivos como normalmente lo hace un adulto.

45. Sin embargo, la *a quo* pasó por alto que la niña M.J.S.E., a pesar de tener cerca de cinco años cuando entregó su testimonio de manera expresa, coherente, hilvanada, detallada y con respaldo emocional señaló a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, "Lalo", como la persona que le tocó la vagina en una de las habitaciones del hogar infantil al que iba a estudiar. Proceder que estructura el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

46. Además, el testimonio de la víctima no fue insular. Contrario a lo afirmado por la primera instancia, tiene soporte en otros medios probatorios, que llenan vacíos en la información entregada por la menor sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del suceso delictivo, que echa de menos la juez de primer nivel.

47. En ese sentido, Erika Paola Espinosa Polanía, madre de M.J.S.E., narró que su hija asistía al hogar infantil "*Tom y Jerry*"

ubicado en la Vereda "Los Cauchos" del municipio de Guadalupe, Huila, desde que tenía un (1) año de edad. El 2 de enero de 2014, la niña le contó a ella y a su esposo que su padrino "Lalo" le había tocado la vagina, lo que le produjo dolor. Suceso que ocurrió en una habitación del hogar infantil, cuando Leidy Viviana Cuellar Pimentel se ocupaba del cuidado de otro bebé.

48. Refirió que, la menor ya le había comentado de ese suceso unos 8 o 15 días antes, cuando estaban en una reunión con la abuela y la tía de la niña, pero no le dieron importancia a su relato.

49. Afirmó que, cuando la niña le reiteró del vejamen sexual, observó que tenía flujo vaginal raro. Por lo que acudieron de inmediato a urgencias del hospital y la menor fue examinada por el médico de turno que corroboró la existencia de la manipulación sexual.

50. La madre expuso también que, el hogar infantil "*Tom y Jerry*" era administrado por Leidy Viviana Cuellar Pimentel, esposa de **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, padrino de la menor, y se conocían hace 10 años. La niña estudiaba de lunes a viernes e ingresaba a las 8:00 a.m., y salía a las 4:00 p.m., y en ocasiones que llevó a su hija al hogar infantil observó a "Lalo" alistándose para ir a trabajar al campo como agricultor.

51. Finalmente, manifestó que su suegra cuidaba la menor entre semana, porque ella trabajaba en Neiva y su esposo era soldado profesional.

52. José Gregorio Sánchez González, padre de la menor M.J.S.E., manifestó que, trabaja como soldado profesional. Permanece fuera de su hogar por mucho tiempo. Sus hijos residen en la vereda "Los Cauchos". Los niños están bajo el cuidado de la abuela, Graciela González Sánchez, porque él y su esposa trabajan fuera del municipio.

53. Afirmó que, para la época de los hechos, su hija M.J.S.E., asistía a un hogar infantil ubicado en la vereda "Los Cauchos", a cargo de Leidy Viviana Cuellar Pimentel. Con el acusado son amigos desde niños. Viven en la misma vereda. Es el padrino de la menor M.J.S.E.

54. Narra que, la noche del 2 de enero de 2014, su esposa estaba cambiando a M.J.S.E., para acostarla cuando observó algo raro en su zona genital. Le preguntaron a la niña y le dijo que "Lalo" le metía los dedos en la vagina. Razón por la cual, la llevaron al hospital y al ser examinada por el galeno de turno, les comunicó que la niña había sido manipulada sexualmente.

55. Explicó que, la menor ingresaba al hogar infantil a las 8:00 a.m., y allí permanecía hasta las 4:00 o 4:30 p.m. También afirmó que, la menor iba al inmueble donde funcionaba el hogar infantil fuera del horario escolar para jugar con los hijos de Leidy Viviana Cuellar Pimentel y **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**.

56. Dijo que, varias veces cuando fue a dejar a su hija en el hogar infantil a las 8:00 u 8:30 a.m., observó al acusado alistándose para salir a trabajar como agricultor en unas tierras de unos tíos.

57. La señora Graciela González Sánchez, abuela de la afectada, con su testimonio corroboró que M.J.S.E., estudiaba en el hogar infantil administrado por Leidy Viviana Cuellar Pimentel, compañera sentimental del acusado. Que el ingreso a clases era a las 8:30 a.m., y la salida a las 4:30 p.m. La niña contó que "Lalo" la había tocado en su vagina. Información que reiteró algunos días después.

58. Como puede verse, con las declaraciones de Erika Paola Espinosa Polanía, José Gregorio Sánchez González y Graciela González Sánchez, se llenan los vacíos de información dejados por la infante cuando rindió su testimonio. Con los cuales resulta claro, que el hogar infantil al que se refería la niña era el denominado "Tom y Jerry", ubicado en la vereda Los Cauchos del municipio de Guadalupe, Huila, donde era madre comunitaria Leidy Viviana Cuellar Pimentel, compañera sentimental del procesado.

59. Igualmente, con las exposiciones anteriores se discierne que cuando la niña dice que "Lalo" le tocó la vagina, se refiere a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, por ser la manera como ella lo identifica.

60. Ahora, si bien cierto los progenitores y abuela de la víctima no estuvieron presentes en el momento que ocurrieron los hechos. Por tanto, no pueden dar certeza sobre su ocurrencia. Lo que sí es cierto es que con ellos se corrobora la coherencia e insistencia de la niña en el señalamiento efectuado contra el procesado como su agresor. Ellos percibieron de forma personal y directa cuando M.J.S.E., acusó a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, o "Lalo", como la persona que tocó su vagina.

61. Recriminación que la niña, pese a su corta edad, ha mantenido incólume durante el paso del tiempo y que reiteró ante terceros ajenos a su círculo familiar en varias oportunidades.

62. Precisamente, la doctora Claudia Patricia Vargas Cedeño, psicóloga forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, declaró que realizó evaluación psicológica a M.J.S.E., el nueve de febrero de 2015. Procedimiento durante el cual la niña directamente le refirió: *"lalo me tocaba" (señalando la vagina), expresando que le metía el dedo, eso donde pasaba? en la casa de Lalo que es el esposo de Leidy la profesora."*

63. Luego de realizar el examen pertinente, la profesional en psicología concluyó lo siguiente:

"Desde el punto de vista psicológico forense y teniendo en cuenta los documentos arrimados al caso y la versión suministrada por la evaluada y su figura materna, se encontró que el relato conserva similitud a la información que se encuentra registrada en la copia del expediente con la idea central de manipulación sexual por parte de un señor apodado "Lalo"."

64. Así mismo, la experta dictaminó:

"Estado Psicomotor: No se evidencian alteraciones cualitativa ni cuantitativamente.

(...)

"Pensamiento: Según Piaget la niña se encuentra en la etapa preoperatoria, los niños pequeños construyen conceptos y poseen símbolos como el lenguaje para comunicarse.

"Sensopercepción: No refiere alteraciones de tipo alucinatorio o ilusorio.

Sensorio: *Orientación en persona, desorientación en tiempo y espacio.*

(...)

Memorias: *Impresión sin alteraciones.*

Inteligencia: *Impresión normal para su rango de edad*

Lenguaje: *Sin alteraciones*

Juicio – Raciocinio: *Sin alteraciones.*

(...)

A nivel académico no estudia, en el examen mental actual presentó un desarrollo psicomotor y cognitivo acorde a su edad cronológica, con una personalidad en proceso de construcción, no presenta alteraciones en sus procesos mentales superiores, es una niña alegre, espontánea, con un lenguaje sin alteraciones para su edad, el desarrollo psicomotor y cognitivo fue acorde para el rango de su edad cronológica.”

65. La valoración demuestra que la niña tenía raciocinio y comprensión, buena conciencia, lenguaje, memoria y funciones cognitivas superiores acordes a su edad cronológica. Lo que significa, que estaba en capacidad de dar a conocer hechos reales y no imaginarios o inducidos y reconocer personas sin problemas.

66. Es cierto que la doctora Claudia Patricia Vargas Cedeño, no presencié directamente la ocurrencia de los hechos. Empero, debe tenerse en cuenta que ella no se presentó como testigo directo del suceso delictivo, sino como profesional encargada de valorar psicológicamente a la víctima. Labor que desempeñó a cabalidad de acuerdo con los conocimientos que tiene en la materia, y que gracias a la percepción y valoración directa sobre el comportamiento de la infante le permitió emitir el respectivo dictamen.

67. Igualmente, la niña reiteró la acusación contra el procesado durante el desarrollo del juicio oral. Señalamiento que mantuvo firme aun cuando la defensa durante el contrainterrogatorio escrito, trató de menguar su credibilidad, al preguntarle si alguien le había sugerido o inducido para decirles a sus papás que “Lalo” le había metido el dedo en la vagina. Pregunta a la que la menor respondió en forma contundente que no. Que su declaración era producto de una situación vivida.

68. Textualmente estas fueron las palabras de la infante:

"Defensora de familia: M.J., ¿alguna persona te dijo qué o que le contara a tus papitos, que "Lalo" te había metido el dedo en la vagina?

M.J.S.E.: No señora

Defensora de familia: M.J., ¿alguna persona te dijo que dijeras eso o fue porque a ti te hicieron eso?

M.J.S.E.: Porque lo hicieron"

69. A lo anterior debe agregarse que Erika Paola Espinosa Polanía observó en la menor un flujo vaginal extraño. Si bien puede tener origen en diversas causas. No descarta como opción factible ser consecuencia de una manipulación vaginal. Circunstancia, que explicó Carlos Mario Martínez, médico ginecobstetra, sobre todo cuando la valoración de la existencia de la muestra biológica no debe realizarse de manera aislada sino en el contexto de los actos sexuales investigados en esta causa.

70. Por su parte, la defensa como no recurrente pretende restar valor suasorio al testimonio de M.J.S.E., porque la niña siempre dijo que el acusado le había metido el dedo en la vagina. No obstante, según el examen realizado por Marcelino Omar Díaz Valencia presentaba himen anular integro no elástico. Lo que significa que esa manipulación no ocurrió. De haber sucedido, por la escasa edad de la menor, necesariamente habría existido desgarró de su himen.

71. El defensor olvida que fue este mismo galeno, Marcelino Omar Díaz Valencia, quien entregó una explicación médica sobre el caso en examen. Es lógico que la niña al decir "*me metía los dedos en la vagina*", está expresando los hechos desde su particular manera de expresarse, debido a su corta edad. Por lo que le impedía saber si el tocamiento sufrido por ella llegó hasta antes del himen o después de este.

72. De la misma manera, la defensa olvida que el galeno afirmó que el himen de una mujer, incluso de un infante, puede ser tocado con cuidado sin romperse. Asimismo, que la vagina también podía ser palpada por encima con la mano sin requerirse de la introducción de los dedos.

73. De otra parte, no se entiende el motivo por el cual la juzgadora afirma que el procesado no tocó la vagina de la niña en varias ocasiones. Cuando en juicio oral se demostró que dicha manipulación aconteció solo una vez. El hecho que en el hogar infantil "Tom y Jerry", permanecían otros niños, la madre comunitaria y la manipuladora de alimentos, no era garantía suficiente para que el procesado se abstuviera de cometer la conducta endilgada.

74. Recuérdesse que, la señora Leidy Viviana Cuellar Pimentel, era la madre comunitaria, y compañera sentimental de **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**. Mientras que la señora Clara Pimentel Bermeo, era la manipuladora de alimentos y suegra del procesado. El hogar infantil funcionaba en la vivienda donde residía el acusado con su familia. Factores permiten deducir que el acusado no era una persona extraña para las encargadas del hogar infantil y para los niños que allí estudiaban, sino alguien conocido y por contera que no generaba desconfianza para ellos.

75. Circunstancia que le permitía conocer las actividades diarias que cada uno de ellos efectuaba dentro del hogar, y por ende determinar el momento oportuno para cometer la conducta ilícita.

76. De igual manera, no puede perderse de vista que el policial Leider Osorio Espinel, y Guillermo Enrique Ortiz Rivera, investigador privado contratado por la defensa, visitaron el hogar infantil "Tom y Jerry". Realizaron bosquejo topográfico del mismo. Ortiz Rivera, tomó fotografías adicionales, a partir de las cuales se evidencia que el inmueble donde está el hogar consta de tres habitaciones. De las cuales una está adecuada como salón de clases para los niños. Desde luego, el procesado tenía libre ingreso y fácilmente pudo utilizar una cualquiera para ocultarse y cometer en su interior la conducta delictiva. Proceder factible, sobre todo si se tiene en cuenta que el mismo investigador de la defensa reconoció que las entradas a las habitaciones antes de efectuar visita contaban con cortinas.

77. Lo anterior coincide con lo dicho por M.J.S.E., quien relató que los hechos delictivos en su contra ocurrieron en una de las habitaciones donde dormían. Es decir, que no fue en el salón de

clases donde permanecían todos los estudiantes, sino en un cuarto diferente.

78. La *A quo* también argumenta para absolver de responsabilidad penal a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, que supuestamente el acusado nunca hacía presencia en el hogar infantil durante el transcurso de la jornada escolar. Sólo iba a la hora del almuerzo y salía a llevarle comida a su progenitora residente en otro lugar.

79. La defensa presentó como testigos a Alexandra Calentura Castellanos, coordinadora de hogares comunitarios, Clara Pimentel Bermeo, manipuladora de alimentos y suegra del encartado, Orfilia Sánchez Ibarra, vecina del lugar, Gonzalo Gutiérrez Pimentel y Danny Luz Losada Floriano, quienes al unísono manifestaron que el acusado no permanecía durante el día en el hogar infantil.

80. Entre ellos Gonzalo Gutiérrez Pimentel, manifestó que **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, era agricultor, poseía dos hectáreas de tierra en la Asociación San José, las que trabaja todos los días desde las 6:00 o 6:30 a.m., hasta las 12:00 p.m., y nuevamente desde las 12:45 p.m., hasta las 6:00 o 6:30 p.m.

81. En relación con el testimonio de Gonzalo Gutiérrez Pimentel, debe decirse que este no es digno de absoluta credibilidad. Esta Sala no desconoce que **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, trabaja como agricultor en dos hectáreas de tierra en la Asociación San José. Sin embargo, lo que no resulta verosímil es creer que el procesado llegaba todos los días al predio entre las 6:00 o 6:30 a.m., y que por la tarde lo hiciera a las 12:45 p.m., hasta las 6:00 o 6:30 p.m.

82. Esto, por cuanto los señores Erika Paola Espinosa Polanía y José Gregorio Sánchez González, padres de la víctima, durante su declaración manifestaron que en varias ocasiones llevaron a la niña afectada al hogar infantil entre las 8:00 y 8:30 a.m., y a esa hora observaron al encartado en el inmueble. Situación que no es posible si de verdad el acusado se iba para su parcela entre las 6:00 y 6:30 a.m., como lo afirma Gutiérrez Pimentel.

83. Igualmente, Alexandra Calentura Castellano, coordinadora de hogares comunitarios, Orfilia Sánchez Ibarra y Danny Luz Losada Floriano, vecina del sector, no son idóneas para acreditar con ellas que **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, jamás estuvo presente en el hogar infantil durante la jornada escolar de los niños. Pues las declarantes no residían o visitaban el inmueble de forma permanente. Lo hacían de forma esporádica, por cortos períodos y no todos los días. Circunstancia que deja durante el día un lapso amplio fuera de la vista de las testigos, dentro del cual el acusado pudo estar o presentarse en el hogar infantil en la jornada escolar, sin que los testigos de la defensa se percataran de ello.

84. Otra circunstancia relevante y que la juzgadora no analizó, es que **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, no era un trabajador subordinado ni estaba sometido a un horario de trabajo preestablecido. Sus actividades laborales son independientes. Cultiva su propio predio, de manera que tiene autonomía para organizar las actividades a realizar durante el día y el tiempo dedicado a cada una de estas.

85. Esta situación le permitía al procesado, que si un día resolvía no ir a la parcela o regresar a su casa más temprano de lo habitual, perfectamente podía hacerlo, toda vez que, nadie le imponía un horario de trabajo. Por ello, no es irrazonable pensar que el implicado podía hacer presencia en el hogar infantil en cualquier momento del día, en especial cuando este se quedaba en su vivienda y tenía libre disposición del tiempo para hacerlo.

86. Que los habitantes de la vereda “Los Cauchos” del municipio de Guadalupe, Huila, no se hayan enterado de lo acontecido, o que los progenitores de la niña no efectuaran reclamo al acusado por su comportamiento, tampoco es razón suficiente para absolver de responsabilidad al acusado.

87. En realidad lo trascendente en este asunto es corroborar si se configuran los elementos objetivos y subjetivos del delito de actos sexuales con menor de catorce años y la participación del procesado como su autor. Examen ajeno e independiente al enteramiento o no de la comunidad sobre la ocurrencia de los hechos.

88. De igual forma, que los papás de la víctima decidieran no reclamar directamente al victimario y esperar que la justicia actuara, no puede ser objeto de reproche, como quiera que asumieron un comportamiento acorde con lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico. Exigir lo contrario, como lo hace la juzgadora, significa una autorización tácita para que cada ciudadano se tome la justicia por propia mano, lo cual está proscrito por las leyes de nuestro país.

89. Se descarta que entre M.J.S.E., Erika Paola Espinosa Polanía y José Gregorio Sánchez González y el acusado existiera enemistad animadversión o rencillas para pensar que lo incriminaron en la comisión del delito con el único interés de perjudicarlo. Por el contrario, de sus testimonios se advierte que entre ellos existía una íntima amistad, en especial con el papá de la niña, camaradería que inició desde la infancia, al extremo que el procesado fue designado como el padrino de la infante.

90. Los progenitores de la afectada, le tenían tanta confianza al acusado que le permitían a su hija acudir al hogar infantil fuera del horario escolar para jugar con los hijos de este. Por ello, al decidirse a rendir testimonio en su contra, no encuentra otra justificación diferente, al hecho que la menor efectivamente les comunicó que "Lalo" le había tocado la vagina.

91. Por todos estos motivos se concluye que las pruebas practicadas en esta causa demostraron más allá de toda duda que **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE** cometió el delito de actos sexuales con menor de catorce años, tipificado en el artículo 209 del C.P., en el cual fue víctima la niña M.J.S.E. Motivo por el cual se revocará la decisión proferida por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Garzón, Huila, el 12 de abril de 2018, para en su lugar proferir sentencia de carácter condenatorio.

VIII. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

92. El delito de actos sexuales con menor de catorce años está tipificado en el artículo 209 del C.P., y reprime con pena de prisión de nueve (9) a trece (13) años.

93. Al acudir a las directrices del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, tenemos que el ámbito de punibilidad será de 4 años. Que se

obtiene de restar a la pena máxima la pena mínima. O sea: 13 – 9 años = 4 años de prisión.

94. El ámbito de movilidad se logra dividiendo el ámbito de punibilidad entre 4, para luego determinar la extensión de cada cuarto, que para este caso es el siguiente: 4/4 = un (1) año de prisión.

CUARTOS	MÍNIMO	PRIMER MEDIO	SEGUNDO MEDIO	MÁXIMO
PENA PRISIÓN	9 a 10 años	10 a 11 años	11 a 12 años	12 a 13 años

95. Como en este caso no se enrostraron circunstancias de menor o mayor punibilidad a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, la pena de prisión se fijará en el cuarto mínimo, esto es, entre 9 y 10 años de prisión.

96. Como tampoco se advierten razones para ponderar la mayor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la mayor intensidad del dolo, o cualquier otra circunstancia que incremente la punibilidad, diferentes a las que por sí solas especifican el delito enrostrado, la pena se fijará en el extremo inferior de los referidos cuartos, para imponer como pena definitiva nueve (9) años de prisión.

97. Igualmente, se impondrá la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena de prisión.

IX. MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA

98. En el presente asunto no procede la suspensión de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria, consagrados en los artículos 63 y 38B del Código Penal, por expresa prohibición de los numerales 4º y 8º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que literalmente establecen:

"ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos

contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.

(...)

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.”

X. OTRAS DETERMINACIONES

99. La Sala, atendiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentencia AP1263-2019, radicación 54215 del tres de abril de 2019, y el Acto Legislativo 01 de 2018 que estableció la posibilidad de impugnar la primera condena, concederá a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE** y/o su defensor la posibilidad de impugnar la presente decisión por tratarse de sentencia condenatoria proferida por primera vez en segunda instancia.

100. Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Segunda de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO-. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Garzón, Huila, el 12 de abril de 2018, y en su lugar **CONDENAR** a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, identificado con cédula de ciudadanía 83.058.039, como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, tipificado en el artículo 209 del C.P., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO-. IMPONER a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, la pena principal de nueve (9) años de prisión.

TERCERO-. IMPONER a **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la pena de prisión.

CUARTO-. NEGAR al sentenciado la suspensión de la ejecución de la pena, de que trata el artículo 63 del Código Penal, y la prisión domiciliaria del artículo 38B del C.P., según lo explicado en esta decisión.

Para hacer efectiva la pena de prisión librese de inmediato orden de captura contra **FERNANDO JUSTINO ACOSTA BERNATE**, la cual será gestionada por la Secretaría de esta Sala de Decisión.

QUINTO-. COMUNICAR la sentencia, una vez en firme, a los organismos señalados en el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal, y enviar la ficha técnica con sus anexos al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de reparto.

SEXTO-. Contra este fallo procede la impugnación especial de que trata el Acto Legislativo 01 de 2018 y la sentencia AP1263-2019, radicación 54215 del 3 de abril de 2019 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La cual podrá interponerse y sustentarse por el procesado y/o su defensor, dentro de los mismos términos señalados en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

SÉPTIMO -. Para las demás partes e intervinientes procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá interponerse dentro del término señalado en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

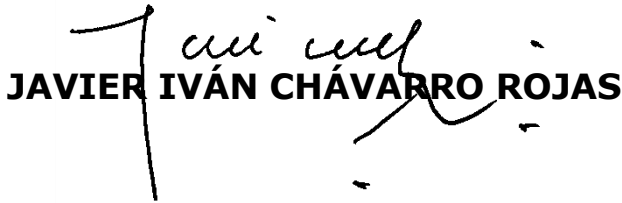
OCTAVO -. La notificación de esta providencia queda surtida en estrados sin perjuicio realizarse de forma personal de conformidad con lo establecido en el artículo 169 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

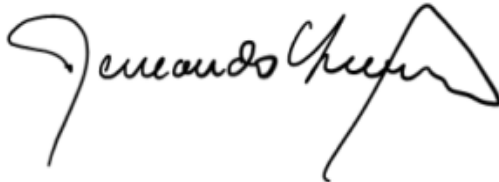
Los magistrados,



JOSÉ ENRIQUE JESÚS HERNANDO CABALLERO QUINTERO



JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS



HERNANDO QUINTERO DELGADO



Luisa Fernanda Tovar Hernández
Secretaria