

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA – RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
Magistrado Ponente: JULIÁN RIVERA LOAIZA¹

Pereira, Risaralda, diciembre siete (7) de dos mil veintidós (2022).
Acta No. 1110
Hora: 7:45 A.M.

Radicación	660016000035 2013 02896 01
Sentenciado	Mauricio Botero Campuzano.
Delito	Acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado.
Juzgado de conocimiento	Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira.
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra Sentencia No. 122 del 26 de mayo de 2014.

1- ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Fiscalía² y de la víctima³ contra la Sentencia 122 del 26 de mayo de 2014, emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, Risaralda, por medio de la cual se absolvió al acusado Mauricio Botero Campuzano del cargo de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado (*artículo 210 y 211.5 del C.P.*).

Lo anterior, no sin antes dejar constancia expresa que el Magistrado ponente de esta decisión, fue nombrado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en propiedad del Despacho 003 de la Sala, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021) mediante Acta No. 094, recibiendo a esa fecha, un aproximado de cuatrocientos (400) procesos penales en conocimiento y ciento veinte (120) cuadernos de tutela de segunda instancia vencidos, dentro de los que se encontraba el presente asunto.

¹ Nombrado en propiedad ante esta Corporación por la H. Corte Suprema de Justicia, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021) suscribiendo el Acta No. 094, dentro de los términos establecidos por la Ley.
² Fiscalía 36 Seccional CAIVAS – Dra. María Isabel Castañeda Ochoa.
³ Dra. Beatriz Elena Cardona Zuleta.

Debido a ello y, atendiendo a la congestión judicial que presenta el Despacho 003, se procede, en la fecha, a emitir una decisión sobre el asunto.

2. HECHOS

2.1 Fueron sintetizados por el Juez de instancia de la siguiente manera:

“En la audiencia de formulación de acusación se dijo que el 20 de junio de 2013, aproximadamente a las 7:00 am, en un inmueble ubicado en la manzana 3 casa 15 del barrio Comunidad Neira, el señor MAURICIO BOTERO CAMPUZANO practicó sexo oral a su cuñada J.P.M (de 14 años de edad) mientras ella dormía.”

3-. IDENTIDAD DEL ACUSADO

Mauricio Botero Campuzano identificado con cédula de ciudadanía No10.033.735 expedida en Pereira, Risaralda, nació el 17 de enero de 1981, hijo de Misael y Alba Luz.

4-. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

4.1 El 21 de junio de 2013, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, se desarrollaron las audiencias preliminares concentradas legalizando la captura por orden judicial de **Mauricio Botero Campuzano**, a su vez, se le formuló la imputación por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años con circunstancia de agravación punitiva (*artículos 209 y 211.2 del C.P.*) el cual no aceptó. La Judicatura le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario (*art 307 Literal A, No. 1º del C.P.P.*).

4.2 Presentado el escrito de acusación, asumió el conocimiento de la actuación el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad, realizando el 18 de septiembre de 2013, la audiencia de formulación de acusación, en la cual la Fiscalía varió la calificación jurídica presentada al procesado, acusándolo por el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir (*aprovechándose de la incapacidad de resistir*) conforme el artículo 210 del C.P., con la circunstancia de agravación punitiva contenida en el artículo 211 No. 5º *ejusdem* (*por encontrarse dentro del 4º grado de afinidad con la víctima al ser su cuñado y estar integrado a la unidad familiar o domestica de manera permanente*)⁴. Luego, ante la misma instancia se realizó la audiencia preparatoria el 22 de octubre de 2013.

⁴ Cargos que fueron reiterados por el ente acusador en la solicitud de condena al momento de presentarse los alegatos de clausura.

4.3 El juicio oral se inició el 22 de mayo de 2014, y finalizó con el sentido del fallo absolutorio el 26 de mayo de la misma calenda, fecha en la cual, a su vez, se profirió la sentencia correspondiente.

4.4 La Fiscalía y la Representante de Víctimas interpusieron y sustentaron dentro del término de ley el recurso de apelación contra la sentencia enunciada y, como replica se tuvo el pronunciamiento de la defensa.

5. LA SENTENCIA APELADA

Los fundamentos del fallo absolutorio de primer grado refieren que, las pruebas practicadas en el debate público permiten comprender la duda procesal sobre la responsabilidad penal del enjuiciado **Mauricio Botero Campuzano**, pues a su juicio no se demostró que J.P.M hubiera sido doblegada dolosamente en su conciencia al señalarse únicamente que ella estaba dormida, no demostrándose un abuso de superioridad contra la menor. En ese contexto, aunque la Fiscalía argumentó empíricamente que J.P.M tenía un sueño muy profundo, ello resultó infirmado con el testimonio de la progenitora de la adolescente, quien en el juicio dijo que antes de salir a trabajar, es decir, instantes previos al encuentro sexual, se despidió de la menor y ella medio dormida le respondió, lo cual demostraría que el sueño no era profundo, por lo cual la presunta víctima respondía a estímulos.

Consideró que aún, cuando la coartada del procesado era poco creíble al confrontarse con otros medios de prueba, al tratar de explicar el motivo por el cual en las prendas de la menor se advertía semen y espermatozoide suyos, señalando que él solo le dio una caricia a J.P.M al estar despierta y, que la presencia de esa sustancia se debía a encuentros sexuales de la noche anterior con su compañera permanente (hermana de la víctima), los hechos ventilados por la Fiscalía no se ajustan a las reglas de la experiencia, en cuanto que la menor J.P.M hubiera sido despojada de su pantaloneta y de su ropa interior sin sentir, pues ese tipo de maniobras obligaban a desarropar y desacomodar el cuerpo que yacía sobre la cama.

A su vez, tuvo en cuenta que, aunque J.P.M presentó un relato persistente ante el médico legista y la psiquiatra forense catalogándose como lógico y coherente, queda la sensación que entre el acusado y la joven acaeció un contacto sexual consentido, el cual no envolvió penetración pero sí eyaculación, según lo advertido en las declaraciones de la bacterióloga y genetista forense, entendiéndose la modalidad de *petting* o juegos sexuales con caricias, masajes y tocamientos capaces de lograr el orgasmo. En ese sentido, advierte que la progenitora de la menor en su declaración, señaló que la joven y el acusado exageraban en sus juegos, los cuales implicaban

coqueteos y cosquillas, tanto que en varias ocasiones tuvieron que solicitarles compostura por ese exceso de confianza.

Finalmente, consideró como una grave falencia en el proceso la ausencia del testimonio de la vecina Doris, quien al parecer fue la persona que al hacer ruidos en el segundo piso de la casa propició los gritos de auxilio de la menor, lo cual fue señalado por la joven y el acusado. Esa ausencia probatoria, deja en vilo la situación, pues consideró que pudo haber aclarado si esas manifestaciones fueron fruto de un acto de miedo derivado del contacto sexual no consentido o por un acto de angustia al quedar en evidencia la traición a la propia hermana.

6. DE LOS RECURSOS PROPUESTOS.

6.1 La delegada de la Fiscalía solicitó la revocatoria del fallo absolutorio y en su lugar, se declare la responsabilidad penal del acusado, planteando como fundamento de disenso lo siguiente:

Consideró que en ningún momento se alegó de su parte que la menor hubiese sido doblegada dolosamente en su conciencia, pues la acusación y la solicitud de condena versó por la conducta punible de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, más no por acto sexual abusivo con persona puesta en incapacidad de resistir. Ora, consideró acreditado en la audiencia que la agraviada se encontraba dormida, con un sueño profundo, situación que aprovechó el cuñado, al encontrarse a solas con ella para proceder a retirarle la ropa y practicarle sexo oral.

Refirió además, conforme lo manifestado por la madre de la menor en la audiencia de juicio oral que la menor estaba profundamente dormida porque no se despidió de ella y, ante la insistencia que tuvo, pues la tocó y la movió en varias oportunidades al despedirse, generó que la menor emitiera un sonido que no entendió y describió en su declaración, el cual al catalogarse como indescriptible precisamente lo hizo en estado de inconciencia, de lo contrario hubiese realizado una manifestación clara de despedida.

Ahora, señala que la madre de la menor no salió del lugar antes de que ocurrieran los hechos, es decir a las 7:00 AM, pues su egreso se produjo a las 5:10 de la mañana. Igualmente, adujo que debe tener en cuenta la declaración de la médica psiquiatra, cuando manifestó que el sueño tiene varias etapas, una de ellas el sueño que es más profundo, donde la persona puede quedar prácticamente en estado de inconciencia y más cuando se trata de niños o adolescentes.

En ese sentido, concluyó que de conformidad a la declaración de la progenitora de la menor y de la médica psiquiatra, se puede comprender que la víctima al momento de los hechos se encontraba en una etapa de sueño profundo que la puso en un estado de inconciencia, permitiéndole al procesado retirarle su pantaloneta, los interiores que tenía puestos, despertando cuando los estímulos del procesado se hicieron mas intensos, esto cuando le estaba practicando el sexo oral.

Ahora, refirió que considerar valido el consentimiento de la menor para el acto sexual desarrollado por el procesado es una suposición o especulación, pues al interior del proceso no se estableció que entre la menor y el procesado se haya presentado un acercamiento sexual consentido, pues de ser así porque pedir auxilio ante la transgresión sexual, pese a que el acusado se excusa en la escucha de ruidos en el segundo piso del inmueble donde vivían otras personas y que ese fue el motivo, por que al constatarse que no era nadie la menor no retornó al lado del acusado a seguir disfrutando de lo que estaba ocurriendo. También, discrepó en que, aun cuando existiese confianza entre la joven y el señor Mauricio, por lo cual se le había llamado la atención a la menor, no puede ser óbice para entender que aceptó una practica sexual al momento de encontrarse dormida.

Finalmente, frente a la ausencia del testimonio de la señora Doris, resaltó que fue el señor Mauricio Botero Campuzano quien, al momento de renunciar a su derecho de guardar silencio, la trajo a colación al proceso, siendo coincidente con lo declarado por la víctima cuando refirió que al despertarse el acusado estaba entre sus piernas besándole la vagina y su reacción inmediata fue salir corriendo para el baño pidiéndole auxilio a su vecina Doris.

Concluyó aduciendo que, a través de las pruebas practicadas en la audiencia de juicio oral, quedó demostrada más allá de toda duda razonable la ocurrencia de la conducta delictiva y la responsabilidad del procesado, debiendo proferirse una sentencia condenatoria.

6.2 Por su parte, la representante de víctimas convergiendo en los argumentos decantados por la Fiscalía, consideró que la conducta investigada sí existió, pues la víctima no accedió voluntariamente a los actos libidinosos como lo dilucidó el juez de instancia, quien desconoció a su juicio que en los casos de violencia sexual conforme la regla 70 del Estatuto de Roma que : i) no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de victima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar consentimiento voluntario y libre; ii) el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar consentimiento libre; iii) el consentimiento no podrá inferirse del silencio o falta de resistencia de la víctima a la

supuesta violencia sexual; iv) la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

Es por ello que adujo que, la declaración de la víctima se hace creíble, la cual estuvo sujeta al principio de contradicción y, pese a los esfuerzos de la defensa la agraviada se ratificó en sus dichos, infiriéndose que estaría diciendo la verdad de principio a fin. Con fundamento en ello, solicitó la revocatoria del fallo absolutorio.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la apelación propuesta, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

7.2. Principio de Limitación

En su labor, la Sala se limitará a estudiar los aspectos objetivos planteados por los recurrentes en su alzada y aquellos que se encuentren estrictamente relacionados con tales postulados, sin desconocer lo preceptuado en el artículo 31 de la carta fundamental y el 20 de la Ley 906 de 2004.

7.3. Problema jurídico a resolver

De acuerdo con las circunstancias fácticas, la Sala deberá analizar:

Si la valoración de la prueba realizada por el juez *A quo* se ajustó a los parámetros jurídicos que rigen el tema, pudiendo derivar en elementos de convicción idóneos admisibles en el juicio y suficientes para la emisión del fallo absolutorio, de tal manera que la sentencia en el aspecto apelado deba ser confirmada, modificada o, por el contrario, debe revocarse para en su lugar proferir condena por la responsabilidad penal del acusado.

7.4 Consideración previa

Para esta Sala de decisión, resulta relevante analizar los postulados constitucionales y legales que se han establecido en materia de prescripción de la acción penal para los delitos sexuales e incesto, cuyo desarrollo afecta los intereses jurídicos de los menores de edad.

La H. Corte Constitucional en diversos pronunciamientos⁵ ha precisado que los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección a la luz del ordenamiento constitucional colombiano, pues el artículo 44 constitucional revela que sus derechos son prevalentes frente a los demás asociados, lo cual es reconocido en los múltiples instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, como son:

- i) La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, en la cual se dispone, en el artículo 3-1 que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.
- ii) El artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, ordena: *“se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”*.
- iii) El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, dispone: *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

En desarrollo de esos fundamentos constitucionales, el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de dos principios que afianzan esa especial protección: (i) el principio de *interés superior del menor*, *“que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”* y (ii) el principio *pro infans*, considerado como *“un instrumento jurídico valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, frente a eventuales tensiones, debiendo escogerse la interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”*

Atendiendo esos postulados constitucionales, el Estado colombiano incorporó al ordenamiento jurídico la Ley 1154 de 2007, cuyo propósito se establece en reducir los niveles de impunidad, lo cual no se aviene solo a actos de investigación sino también en materia de definición de responsabilidad, en aquellos delitos que transgreden la libertad y formación sexual de los

⁵ Ver las sentencias de constitucionalidad C-840/2010, C-058/2018, C-250/2019, C-193/2020

menores de edad, ampliando para ello el plazo a las víctimas de ese tipo de agresiones, para que puedan denunciar, inclusive, apenas alcancen la mayoría de edad.

Dicha ley incorpora el inciso 3º al artículo 83 de la ley sustantiva penal, el cual refiere: *“Inciso adicionado por el artículo 1º de la Ley 1154 de 2007. Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad”*.

Se advierte entonces que, esa norma dentro de su objetivo comporta una finalidad específica, al evitar que opere el fenómeno de la prescripción de un delito sexual al no promoverse la denuncia por diversos factores, como el desconocimiento, el temor a la revictimización, temor a retaliaciones, desidia y desinterés, inclusive de terceros en denunciar los hechos, entre otros. Así mismo, esa norma se colige en otra excepción a la regla general de la prescripción de la acción penal consagrada en el artículo 84 del C.P., pues no se atenderá ese término desde la fecha de la ocurrencia de los hechos, sino, desde que la víctima cumpla la mayoría de edad.

Con fundamento en estas circunstancias, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos tales como SP8093 del 7 de junio de 2017, rad. 46882; SP16956 del 18 de octubre de 2017, rad. 44757; SP213 del 6 de febrero de 2019, rad. 50494; SP3027 del 31 de julio de 2019, rad. 55009; SP4529 del 23 de octubre de 2019, rad. 54192; y STP16574 del 3 de diciembre de 2019, rad. 108003, y en específico la providencia fundadora de línea, la **SP-16269 del 25 de noviembre de 2015, radicación 46325**, establece las reglas de interpretación jurisprudencial frente al artículo 1º de la Ley 1154 de 2007, de cómo opera el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal en este tipo de delitos, veamos:

“Recapitulando, todo lo antes expuesto puede sintetizarse de la siguiente manera:

I. La modificación que introdujo la Ley 1154 de 2007, artículo 1º, a los artículos 83 y 84 de la Ley 599 de 2000, implica que el término de prescripción de la acción penal frente a los delitos a los que se refiere esa disposición es de veinte (20) años contados a partir de cuando la víctima cumpla la mayoría de edad.

II. Durante ese lapso, puede la víctima denunciar (o un tercero) la ocurrencia del hecho, y el órgano encargado de la persecución penal ejercer sus funciones para el esclarecimiento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del suceso.

III. Si en vigencia del plazo señalado en el precepto, la Fiscalía General de la Nación materializa una resolución de acusación o la formulación de imputación (dependiendo del régimen procesal penal de que se trate), el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal se interrumpe y comienza a correr de nuevo por la mitad del término común indicado en la norma, es decir, tendrá una duración diez (10) años.

IV. Cuando se trate de asuntos rituados con las formalidades previstas en la Ley 906 de 2004, una vez emitida la sentencia de segunda instancia, el término últimamente aludido se interrumpe de nuevo, y comienza a computarse por un plazo de cinco (5) años.

V. En este último evento, respecto de las conductas punibles distintas a las señaladas en Ley 1154 de 2007, artículo 1º, la acción penal con posterioridad a la sentencia de segunda instancia prescribirá en un lapso no menor a tres (3) años ni mayor a cinco (5) años”. (énfasis de esta Sala de decisión).

Esa Alta Corporación en la aludida sentencia determina que, si el Estado adquiere conocimiento de la ocurrencia del delito y, la Fiscalía, antes de que se venza el plazo señalado en la norma, con ocasión de su función adopta o materializa la emisión de un pliego de cargos en firme o formula imputación, esos actos procesales equivalen a la consecuencia consignada en la ley, esto es, suspender o interrumpir el término extintivo de la acción penal por la prescripción, el cual empezará a correr de nuevo por la mitad de veinte (20) años.

Al sostener esa tesis, la Corte refirió: **(i)** está en armonía con los motivos expuestos por el legislador cuando promovió la reforma legal, **(ii)** desarrolla el mandato de índole superior previsto en el artículo 44 de la Constitución Política (prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás), **(iii)** atiende la garantía de tutela judicial efectiva o de acceso a la administración de justicia y **(iv)** es la que mejor obtiene el «necesario equilibrio de los intereses contrapuestos en el proceso penal». Es obvio que, en la pugna de derechos e intereses como la garantía del acusado a una actuación sin dilaciones, en un plazo razonable y el derecho del menor a una tutela judicial efectiva, el Alto tribunal acogió una interpretación que atiende ambos parámetros sin desconocer los intereses del menor, de conformidad al artículo 44 de la Constitución Política.

En ese mismo sentido, la Sala Mayoritaria de la H. Corte Constitucional en la Sentencia **SU-433 de 2020**, acogió la interpretación realizada por el máximo tribunal de la justicia ordinaria en lo penal, coligiendo:

“La Sala observa que la interpretación adoptada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el sentido de que se encontraba prescrita la acción penal en contra del señor Juan Carlos Sánchez Latorre, de ninguna manera se basa en una consecuencia jurídica que no se derive de la legislación penal. Por el contrario, en atención al término previsto en el artículo 86 del Código Penal, la autoridad accionada dio estricta aplicación a su literalidad, el cual advierte que, producida la interrupción de la prescripción, por haberse formulado la imputación, empezará a correr un nuevo lapso que no podrá ser superior a diez años. Por tanto, no se trata de una interpretación extraída al margen del ordenamiento jurídico que, además, sea abiertamente irrazonable o desatienda valores constitucionales.

Cabe anotar que, en sentencia SP-16269 del 25 de noviembre de 2015, radicación 46325, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el alcance del inciso tercero del artículo 83 del Código Penal, adicionado por la Ley 1154 de 2007, y sentó las siguientes reglas: (...)

En este contexto, concluyó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que, en relación con el término de prescripción de la acción penal en los delitos sexuales contra menores de edad, si el Estado adquiere conocimiento de la ocurrencia del supuesto típico, por la interposición de una denuncia, y “(...) el organismo competente antes de que se venza el plazo señalado en la norma (20 años contados a partir de la mayoría de edad del ofendido), con ocasión de su función adopta o materializa la emisión de un pliego de cargos en firme o formula imputación, tales actos procesales inaplazablemente generan o aparejan la consecuencia asignada en la ley[96], esto es, suspenden o interrumpen el término extintivo de la acción penal, el cual empezará a correr de nuevo por la mitad de veinte (20) años”.

Adicionalmente, al adoptar este criterio, el precedente consultó la voluntad del legislador con la expedición de la Ley 1154 de 2007, expedida con la finalidad de garantizarle a las menores víctimas de violencia sexual, un plazo mayor para denunciar este tipo de conductas. Se buscó con ello que las personas que hayan sido intimidadas por su edad o porque no tenían plena conciencia de lo acontecido, puedan acudir al Estado, sin que en dicho tiempo se hubiese extinguido la acción punitiva del Estado. No obstante, se insistió en que, una vez formulada la imputación, se interrumpe el término de prescripción, y empieza a correr nuevamente por un tiempo igual a la mitad del inicial:

“es imperioso puntualizar que una vez la Fiscalía General de la Nación pone en movimiento sus atribuciones como titular de la acción penal en busca de la declaración judicial de responsabilidad del presunto agresor del menor, ya sea antes de que éste cumpla la mayoría de edad o con posterioridad a ese hito (sea cual fuere el medio por el que tuvo conocimiento del suceso delictivo), y en desarrollo de esa potestad materializa alguno de los actos procesales con incidencia en la extinción de la facultad sancionadora del Estado, esto es, la resolución de acusación (Ley 600 de 2000) o la formulación de imputación (Ley 906 de 2004), el término de prescripción se interrumpe por mandato expreso de la ley, y debe comenzar a correr de nuevo por lapso determinable, el cual no es otro que el de la mitad de veinte (20) años, plazo especial y común fijado por el legislador para las referidas conductas punibles”.

Así, contrario a lo afirmado por el accionante, la interpretación cuestionada no incurrió en un defecto sustantivo por indebida interpretación y aplicación de los artículos 83 y 86 del Código Penal. Ello se refuerza por lo dispuesto en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, de acuerdo con el cual la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de imputación y, una vez ella se ha producido, “comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal”, el cual para este caso corresponde a diez años, y ya se encontraba fenecido. De haberse continuado con la actuación penal en esas condiciones, se habría incurrido en desconocimiento del principio de legalidad, se habría quebrantado el derecho fundamental al plazo razonable en la duración de los procesos, y se habría desconocido flagrantemente el límite temporal del ejercicio del poder punitivo del Estado. (...)

(...) De otra parte, tampoco le asiste razón al accionante, en el sentido de que no se ha considerado el interés superior del menor, pues es claro que el legislador estableció un régimen especial, en el inciso tercero del artículo 83. Como se adujo con anterioridad, el Congreso de la República cuenta con un amplio margen de configuración legislativa en materia penal y debe fijar los precisos términos en los que una persona se encuentra sujeta al poder punitivo del Estado. De manera que, si la intención de los parlamentarios hubiese sido la de modificar la regla de la interrupción del término prescriptivo de la acción penal, se debió haber procedido a

modificar el artículo 86 del Código Penal y no limitarse a adicionar el artículo 83 ibidem, como en efecto se hizo. Esto con mayor razón, si se tiene en cuenta que en materia penal rige el principio de legalidad en sentido estricto, aunado a que, como ya se puso de presente, las normas sobre prescripción hacen parte del núcleo esencial del debido proceso, y constituyen un límite importante al ejercicio del poder punitivo del Estado. A mayor abundamiento podría decirse que si fuera correcta la hermenéutica ensayada por el accionante, lo razonable hubiera sido que el legislador hubiese tenido tales delincuencias, por imprescriptibles”. (énfasis de esta Sala de decisión).

Así las cosas, aterrizando en el caso en concreto, se tiene que los hechos objeto acusación devienen del **año 2013**, lo cual atendiendo el cargo enrostrado permite dar aplicación a la modificación del término prescriptivo de la acción penal conforme lo establece la Ley 1154 de 2007, pues según la acusación, aquel 20 de junio de 2013, el señor Mauricio Botero Campuzano realizó actos libidinosos en contra de la menor J.P.M (*nacida el 12/06/99*) quien, para esa fecha, contaba con 14 años de edad.

Luego, atendiendo las reglas jurisprudenciales indicadas y conforme la imputación de cargos que se efectuó el **21 de junio de 2013**⁶, aun cuando la víctima no había alcanzado la mayoría de edad, el término prescriptivo se interrumpió, contabilizándose ahora, desde esa fecha, por espacio de **diez (10) años**. En ese sentido, se advierte con claridad que esta instancia se encuentra habilitada para desatar el recurso de apelación propuesto por la defensa.

7.5 Decisión de la Sala

Un principio esencial del sistema es aquel según el cual para proferir sentencia condenatoria “*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*”. Para llegar a una conclusión de responsabilidad o inocencia es indispensable la **apreciación conjunta de la prueba**, luego de realizar la respectiva crítica individual a cada uno de los medios de prueba, tal como lo establece el artículo 380 de la ley 906 de 2004.

Es necesario precisar que, los recurrentes sustentan su disenso a efectos de lograr la revocatoria del fallo absolutorio, censurando la valoración probatoria realizada por el juez de instancia frente a los testigos de cargo y descargo, en lo atinente a: i) El análisis de la incapacidad de resistir de la menor, producto del sueño profundo al momento de los hechos; ii) la existencia del acto sexual consentido entre la víctima y el procesado.

⁶ De conformidad a la interpretación jurisprudencial, fecha en la cual bajo la égida del sistema con tendencia acusatoria de la Ley 906/04, el Estado obtiene conocimiento de los hechos jurídicamente relevantes.

En este caso la Fiscalía y la defensa, según los registros del juicio, presentaron un acuerdo de estipulaciones para considerar demostrado los siguientes hechos o circunstancias relevantes:

- **Primero hecho probado.** Plena identidad de Mauricio Botero Campuzano, soportada en el informe de dactiloscopia del Experto Germán Narváez Justinico del 31 de julio de 2013, la consulta web de la Registraduría Nacional del Estado Civil correspondiente a la cédula de Ciudadanía No. 10.033.735 y, la tarjeta de reseña donde figuran las impresiones dactilares del acusado.
- **Segundo hecho probado.** La plena identidad de la menor ofendida de iniciales J.P.M., nacida el 12 de junio de 1999, hija de M.M.V y C.A.O.P, para lo cual se tendría como soporte el registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 28554381 y la fotocopia de la tarjeta de identidad No. 99061203652.

Una vez expuesta la teoría del caso por la Fiscalía se pasó a la presentación de la **prueba testimonial de cargo** que consistió en las declaraciones de: i) Margarita Marín Vélez; ii) la menor víctima J.P.M con la asistencia de la defensoría de familia; iii) Dra. María Ignacia Castillo Amézquita, bióloga forense; iv) Ana María Vélez; v) Dr. Jorge Luis Ladino Romero, médico general; vi) Dra. Margarita María Arregocés Torregoza, perito en biología forense; vii) Pt. Norbey Guarín Vera; viii) Dr. Jorge Federico Tomás Gartner Vargas, médico forense; ix) Dra. Carolina Jaramillo Toro, psiquiatra forense; x) Jenny Castro Loaiza, investigadora del CTI; y xi) Juan Edison Vanegas Hernández investigador del CTI. Por otro lado, se practicó la **prueba testimonial de la defensa**, que consistió en el testimonio de i) Estefanía Pino Marín; y ii) del acusado Mauricio Botero Campuzano quien renunció a su derecho constitucional a guardar silencio.

7.6 De la responsabilidad penal de Mauricio Botero Campuzano.

Advierte la Sala que, de la valoración a la prueba testimonial practicada en la audiencia pública de juicio oral, no es plausible colegir mas allá de toda duda razonable los señalamientos de responsabilidad contra el hoy implicado, por lo cual comparte esta instancia la postura del funcionario *A quo* conforme lo siguiente.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta como precepto general la importancia de la prueba testimonial, pues al tenor del artículo 383 del C.P.P., toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, la declaración que se le solicite en el juicio oral o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales. En ese sentido, el testimonio que se vierta en la actuación debe constar por la inmediación del juez, garantizándose el derecho a la confrontación, amén de

caracterizarse por el conocimiento personal y directo que hubiese tenido la posibilidad de observar o percibir con los sentidos el declarante.

Respecto de la prueba testimonial la Corte Suprema de Justicia ha referido⁷.

“Ahora bien, el régimen de procedimiento penal colombiano –artículo 402 de la Ley 906 de 2004-, exige por principio general, el conocimiento personal directo que de los hechos debe tener el testigo al señalar que éste «únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir», rigiendo por tanto el principio de inmediación en materia probatoria que requiere que el contenido de la declaración se circunscriba a lo visto o escuchado de forma personal y sin intermediarios, para no romper la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción”.

En otro pronunciamiento precisó:

“Además de satisfacer los principios en mención, precisa la jurisprudencia de la Corte⁸, la declaración debe cumplir también la exigencia del conocimiento personal contemplada en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, al amparo del cual el testigo sólo podrá deponer sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.

*Significa lo anterior que, en el nuevo sistema procesal penal, por regla general, la declaración para que pueda ser considerada en el fallo debe reunir los siguientes requisitos: i) practicarse en el juicio oral y público ante el juez de conocimiento, ii) garantizarse el derecho a la confrontación, y iii) el testigo debe referir aspectos que haya observado o percibido en forma directa”.*⁹

La prueba testimonial en Colombia es un medio válido de conocimiento que procura por la acreditación de unos hechos específicos. En ese sentido, el conocimiento que las víctimas de un injusto puedan tener de los hechos investigados, resulta válido como medio conocimiento, **sometiéndose a las mismas reglas de la prueba testimonial, pero con unas delimitantes específicas**. Al respecto, la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado¹⁰:

*“De esa manera, como también lo ha señalado la Delegada, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son: a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último. b) **Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho;** y c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones.*

En síntesis, debe procurar que el testigo use sus propias palabras en la manifestación de su percepción y conocimiento, se le debe permitir que redacte- oralmente- su respuesta y la emita con su propio léxico, dentro de su peculiar psicología; “la declaración del testigo debe retratar su autenticidad, personalidad, grado de cultura, falta de interés en torcer la

⁷ Sala de Casación Penal, Auto de 25 de mayo de 2015, radicado AP2768-2015. M.P. José Leónidas Bustos Martínez

⁸ Cfr. casación del 27-02-13 Rad. 38773

⁹ Sentencia de 9 de octubre de 2013, Radicado 36518, M.P. JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ

¹⁰ Sentencia de 7 de septiembre de 2005, radicación 18455

verdad. (...) Es deseable que el deponente redacte claramente sus respuestas; revele la personalidad, sin intérpretes de su pensamiento. Los testimonios se aprecian cualitativamente, buscando concordancias, disparidades, hará integrar un estado mental de convicción”¹¹.

Testimonio exacto. Que el testimonio sea exacto, significa que coincida plenamente con lo percibido y recordado por el testigo, solo en tal medida se acercará a la verdad o correspondencia entre la realidad -lo sucedido- y lo declarado; pero además la exactitud exige que la expresión tenga las características de puntual, fiel y cabal... ”¹² (énfasis de esta sala de decisión).

Teniendo en cuenta lo anterior y, analizando las circunstancias puntuales del caso en concreto, se avizora de manera diáfana que en el ejercicio defensivo se ha sustentado la investigación en el relato de la víctima, la menor J.P.M., pues de primera mano es ella quien pone en conocimiento de terceros los presuntos comportamientos libidinosos ejercidos en su contra. En ese contexto, al investigarse delitos sexuales, por regla general, debe tenerse en cuenta que esos comportamientos son de aquellos que se realizan a puerta cerrada¹³, pues se busca por el sujeto activo espacios, momentos u oportunidades para ejecutar las acciones libidinosas sin ser sorprendido, dada la intrínseca intimidad que conlleva acciones de esa naturaleza, sin que ello no implique que un tercero pueda darse cuenta de los hechos de manera concomitante o inclusive posterior, entendiéndose este momento cuando se advierte a la víctima desvincijada o con características de una agresión de connotación sexual, viendo huir al presunto infractor o inclusive, viéndolo en el lugar del hecho después de la ocurrencia del mismo o escuchando a viva voz por la víctima quien fue su presunto agresor.

Luego, el papel de la víctima de un delito sexual adquiere especial importancia, pues de primera mano es la persona que puede proporcionar los datos sobre los aspectos de modo, tiempo y lugar de como ocurrieron los hechos, inclusive, señalando de manera directa al autor de los mismos, claro, si su conocimiento personal lleva a esa posibilidad. Si bien es cierto, todos los medios probatorios deben analizarse en conjunto, en el caso en concreto, existe una característica en la víctima que determina la valoración de su testimonio de forma especial, conforme los protocolos y procedimientos establecidos en la ley, amén de otros factores que la jurisprudencia ha denominado **“elementos de corroboración periférica”** y ello corresponde a la edad del agraviado, pues no solo se trata de una joven que puede tener la condición de adolescente al momento de rendir su testimonio en el juicio, sino también, que al momento de los hechos se trataba de una joven de 14 años, tal y como quedó demostrado en este caso, con la inclusión de la

¹¹ IRRAGORI DIEZ, Benjamín, Curso de Pruebas Penales, ob. Cit. P.72 –Oralidad: Testimonios Interrogatorios y Contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio, p.234

¹² Oralidad: Testimonios Interrogatorios y Contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio, p.235

¹³ Es que, como lo ha referido la H. Corte Suprema de Justicia: “...La forma como las cosas suceden normalmente indica que la tendencia en delitos sexuales, cuyas víctimas son menores de edad, es la de que el agresor actúa en la clandestinidad, ejerce los actos de manera tal que nadie los perciba; de ahí que ha dado en denominárselos como “delitos a puerta cerrada” C.S.J. Sala de Casación Penal, Radicación 45585 del 01 de junio de 2016- M.P. José Luis Barceló Camacho.

estipulación probatoria que nos da cuenta de la edad de la víctima, junto con otros medios probatorios que más adelante se analizaran.

“En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual ; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...)

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”¹⁴. (énfasis de esta Sala de decisión).

Ahora, en materia de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, de conformidad al artículo 44 de la Carta Fundamental y los tratados y convenios internacionales ratificados por el estado colombiano, se establece que aquellos prevalecen sobre los derechos de las demás personas, imponiendo cargas en la sociedad que se circunscribe a la familia y al mismo Estado para que se ejerzan con eficacia.

“Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental –que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.”¹⁵

¹⁴ Definición traída por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia bajo radicado 43866 del 16 de marzo de 2016 - SP3332-2016, MP. Patricia Salazar Cuellar.

¹⁵ Corte Constitucional sentencia T-260 de 2012.

En materia penal, si bien existe una protección reforzada frente a estos derechos y garantías, la misma no resulta absoluta, pues **no se pueden preservar aboliendo los derechos fundamentales del procesado, por lo que se exige que se adelante una rigurosa investigación, inclusive, atendiendo los parámetros incorporados desde la perspectiva de género.**

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia señaló:

*“La Sala es consciente del deber estatal de obrar con debida diligencia para proteger a las víctimas especialmente vulnerables, pero también lo es de que ello debe hacerse, principalmente, a través de una investigación rigurosa, sin perjuicio del deber de adelantar estos trámites con perspectiva de género. **En todo caso, la protección de los derechos de los niños -y de cualquier otra víctima- no puede hacerse a través de la abolición de los derechos del procesado, pues estos también están contemplados en la Constitución Política y en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637, entre muchas otras)**”¹⁶.*
(Énfasis de esta Sala de decisión)

Trayendo a colación el análisis de la violencia sexual desde una perspectiva de género, resulta diáfano que los derechos a la dignidad humana e igualdad en la actualidad se han reconocido de manera cabal en pro de las mujeres, lo cual en el ámbito penal tal y como lo ha referenciado ese Alto Tribunal¹⁷, implica orientar las investigaciones a establecer el real contexto en el que ocurre un episodio de violencia, puesto que: *(i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.*¹⁸

Adicionalmente se indicó:

“Y frente a la perspectiva de género que debe regir sobre las decisiones, la Sala precisó que:

«...resulta claro que el abordaje de los casos penales con perspectiva de género no implica el desmonte de las garantías debidas al procesado y la imposición automática de condenas, pues ello daría lugar a la contradicción inaceptable de “proteger” los

16 Sentencia del 23 de junio de 2021, radicación 52.171 – SP2541 -2021, MP. Patricia Salazar Cuéllar

17 Ver Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 17 de febrero de 2021, radicación 51.848 – SP403-2021, MP. Eyder Patiño Cabrera.

18 CSJ SP-4135-2019, 1º oct. 2019, rad. 52394.

derechos humanos a través de la violación de los mismos, lo que socavaría las bases de la democracia y despojaría de legitimidad la actuación estatal.

Este, sin duda, no es un postulado novedoso, pues sobre el mismo descansa, en buena medida, la exclusión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, prevista en el artículo 29 de la Constitución Política. El mismo ha sido reivindicado recientemente por esta Corporación, para concluir que la prevalencia de los derechos de los niños y los deberes de protección a cargo del Estado no pueden dar lugar a la violación de los derechos del procesado (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637).»¹⁹

En tanto que, frente a la aplicación de un enfoque de género en la valoración probatoria indicó:

*«... debe la Sala subrayar que lo anterior no significa que en materia de valoración de la prueba y de estándar probatorio la aplicación de una perspectiva de género pueda traducirse en un enfoque diferencial que permita una estimación parcializada o diferenciada a efectos de romper la desigualdad, **pues la valoración probatoria debe estar guiada exclusivamente por criterios generales de racionalidad fundados en la epistemología jurídica, mientras que los estándares probatorios responden a decisiones políticas relacionadas con lo que se conoce como «distribución del error»²⁰, por lo que descansa en cabeza del legislador, no del juez, la determinación del grado o nivel de corroboración o probabilidad suficiente exigido para concluir en la demostración de un determinado enunciado fáctico que comprometa la responsabilidad del procesado.***

*Por tales razones, al momento de la valoración de la prueba, **la perspectiva de género no puede aportar ninguna especificidad, aparte, claro está, de permitir la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, lo que de hecho es bien.**»²¹ (Énfasis de esta Sala de decisión).*

En ese orden de ideas, se aprecia como la versión de la víctima menor de edad se entiende como un medio válido de conocimiento; empero, debe ser apreciado de manera estricta conforme los criterios generales de racionalidad, la sana crítica y la valoración probatoria en conjunto, ejercicio que procura librar de la atadura de cualquier sesgo cognitivo por prejuicios, a efectos de vislumbrar la credibilidad que pueda darse a la información suministrada.

“(...) en lo que toca con la credibilidad de los relatos ofrecidos por niños abusados sexualmente, la Sala ha sostenido, además, que «puede existir una tendencia a narrar lo realmente acontecido, en tanto la magnitud de lo padecido marca de manera más o menos fiel sus recuerdos y de la misma forma los narran»; pero también, que ello no significa que aquellos no puedan faltar a la verdad y «que, por ende, siempre ha de creérseles sin mayor explicación». Por consiguiente, es imperioso valorar sus dichos «como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate» (CSJ SP7326-2016, rad. 45585. En igual sentido, CSJ SP, 7 dic. 2011, rad. 37044).

Así las cosas, es forzoso analizar las circunstancias que rodean su declaración y cotejar ésta con los demás medios de convicción recaudados, al amparo de las reglas de la sana crítica, a efectos de verificar su grado de credibilidad y veracidad. El funcionario tendrá que explorar, entonces, atendiendo los principios técnico científicos, su percepción, su memoria, la naturaleza de lo percibido, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en

¹⁹ CSJ SP, 1 oct. 2019, rad. 52394.

²⁰ Elección político-valorativa relacionada con la importancia y priorización de los derechos o intereses jurídicos y, en esa medida, la asunción para el procesado, en menor o mayor medida, de los errores resultantes del razonamiento probatorio.

²¹ CSJ SP, 2 sep. 2020, rad. 50587.

*que ello tuvo lugar, la forma de sus respuestas y, entre otras circunstancias, el interés que pudieran tener en el caso concreto*²².

Luego, conforme esas pautas, considera esta Colegiatura que le asiste razón al funcionario de primer grado cuando valoró la versión de la menor conforme la comunidad probatoria acopiada en el juicio, para esta forma considerar que no se presentaba el grado de conocimiento necesario para demostrar la responsabilidad penal del enjuiciado.

En primer lugar debe señalarse que, si bien es cierto, en las primeras de cambio la Fiscalía imputó al ciudadano **Mauricio Botero Campuzano** la conducta punible de **actos sexuales abusivos con menor de 14 años con circunstancia de agravación punitiva** (artículos 209 y 211.2 del C.P.) posteriormente, en la *audiencia de formulación de acusación*, partiendo de la misma base fáctica, es decir, el hecho de que al parecer el acriminado se aprovechó de la incapacidad de resistir de la víctima, al encontrarse dormida, despojándole de sus prendas de vestir inferiores (pantaloneta y ropa interior) procediéndole a practicar sexo oral, aunado a que se determinó que ésta no era menor de 14 años, sino que al momento de los hechos ya contaba con esa edad, procedió a aclarar la calificación jurídica formulando cargos por el delito de **acto sexual abusivo con incapaz de resistir** (*aprovechándose de la incapacidad de resistir*) conforme el artículo 210 del C.P., con la circunstancia de agravación punitiva contenida en el artículo 211 No. 5º *ejusdem* (*por encontrarse dentro del 4º grado de afinidad con la víctima al ser su cuñado y estar integrado a la unidad familiar o domestica de manera permanente.*).

En ese sentido, sobre esa variación no se advierte vulneración de garantías de las partes e intervinientes que amerite la anulación del proceso, aunado a que sobre ese aspecto no se presentó controversia, pues es claro, la adecuación típica tuvo la misma base fáctica que en su momento se le presentó al procesado, amén que la aclaración sobre la edad de la menor derivó en la adecuación típica del comportamiento por parte de la Fiscalía, en una conducta cuya sanción en sus lindero mínimo se tornaría mas benéfica a los intereses del procesado, en caso de ser demostrada su responsabilidad penal y, sobre esa delimitación se centró el juicio. Recordemos que como lo ha indicado la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia “*la congruencia que predomina en el actual modelo de enjuiciamiento penal es de «índole naturalista [la cual] se fundamenta en la correlación del hecho histórico investigado, sin importar la calificación jurídica que en uno u otro momento se le imponga al mismo (CSJ, oct 10 de 2007, Rad. 20026)», siendo precisamente la base fáctica expuesta en la acusación sobre la que se ejerció el contradictorio en el juicio oral*”²³.

²² Cfr. Sentencia SP9508-2016, Rad.: 47124 del 13 de julio de 2016.

²³ SP401-2021 Radicación 55833 del 17 de febrero de 2021. MP. Eugenio Fernández Carlier.

Ahora, para mayor detalle veamos el cargo por el cual se formuló la acusación:

“Artículo 210. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

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

Así, se itera, la Fiscalía enrostró este cargo pues consideró que el acusado se aprovechó de la incapacidad de resistir de la víctima al encontrarse dormida, para realizar presuntamente comportamientos libidinosos en su contra diversos al acceso carnal. *(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de febrero de 2016, M.P Fernando Alberto Castro Caballero. El artículo 212 del Código Penal establece el acceso carnal 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”. Por su parte, los actos sexuales son los tocamientos o actuaciones dirigidas “a satisfacer la apetencia sexual o impulsos libidinosos del actor, a través de los sentidos del gusto, del tacto, roces corporales, sobre una persona (...).”*

Por otro lado, se enrostró el agravante del **numeral 5° del artículo 211 del C.P.**

Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

5. <Numeral modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.

Dicho agravante fue tenido en cuenta por la Fiscalía, como quiera que el acusado no solo hacia parte de la unidad domestica de la víctima al convivir con ella, sino que, además, era su cuñado, pues era el compañero permanente de su hermana.

Teniendo en cuenta el comportamiento sobre el cual se centró el debate público, es necesario comprender que el tipo penal descrito consta de varias alternativas o supuestos facticos, pues una cosa es realizar un acto sexual en persona que se encuentre en *estado de inconciencia*, lo cual es

diferente a que la víctima padezca *trastorno mental* o llegue a encontrarse en *incapacidad de resistir*.

Al respecto la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-163 de 2021, con fundamento en la amplia interpretación de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia que sobre el tema ha venido construyendo, destacó que, en ese sentido, el delito descrito en el artículo 210 del Código Penal es un tipo penal en el que “la lesión al bien jurídico y a la libertad no proviene del uso de la fuerza o la intimidación, sino del aprovechamiento de una circunstancia”, esto es, que tiene lugar cuando el sujeto agente aprovecha cualquier situación por la cual el sujeto pasivo del comportamiento no pueda evitar el hecho, bien sea porque la persona está inconsciente, porque padece de un trastorno mental que le impide entender lo que está sucediendo, o por cualquier otra situación que le genere la imposibilidad de resistirse a la agresión sexual.

Puntualmente sobre las tres circunstancias, precisó que:

“1 - El acceso carnal o acto sexual abusivos cuando el sujeto pasivo se encuentra en estado de inconsciencia

Esta situación se presenta cuando a la víctima le es imposible desplegar sus facultades volitivas y mentales. La doctrina define este estado como la perturbación en la percepción y volición, que afecta gravemente la actividad del sujeto y, en consecuencia, coarta su autodeterminación frente a una agresión sexual. Para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desde una perspectiva general, se trata de un estado en el que el sujeto, que es víctima del punible, se encuentra bloqueado en sus facultades cognitivas. El estado de inconsciencia puede generarse como consecuencia de la ingesta de bebidas alcohólicas, consumo de sustancias tóxicas, hipnosis, sueño profundo y demás circunstancias que afecten gravemente su coordinación motora y su discernimiento.

En ese sentido, en la Sentencia del 20 de febrero de 2008 (*M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Rad.23290*), entre otras, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia equiparó el estado de inconsciencia a uno de “despersonalización”. Entre las causas que afirmó llevan al sujeto pasivo a sufrir un estado de inconsciencia, citó la obnubilación, la somnolencia y el coma, que causan “la alteración... en el recto juicio y el influjo negativo en el proceso de autodeterminación y toma de decisiones” en la esfera de protección que ofrece el tipo penal a su libertad sexual.

2 - El acceso carnal o acto sexual abusivos cuando el sujeto pasivo presenta trastorno mental.

La Organización Mundial de la Salud considera que el concepto de “trastorno mental” abarca “una combinación de alteraciones del pensamiento, la percepción, las emociones, la conducta y las relaciones con los demás”, que pueden incluir aspectos tan variados como la esquizofrenia, demencia, autismo, trastorno afectivo bipolar, y comportamientos neuróticos o psicóticos que indiquen la presencia de alucinaciones, retraso psicomotor marcado y/o un comportamiento catatónico.

En el mismo sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (*Proceso 30546. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. 25 de noviembre de 2008. Citada por*

la Sentencia del 25 de abril de 2016. Tribunal Superior de Buga. Sala Quinta de decisión Penal. M.P. José Jaime Valencia Castro) entiende dicho estado, “como expresión de inimputabilidad, [que] puede ser de carácter transitorio o permanente, eventos en los que las afectaciones no solo recaen en la capacidad de comprensión [del sujeto] sino en las capacidades volitivas (...)”. Es decir, en la libre “autodeterminación o eventos de involuntabilidad y que corresponden a variadas manifestaciones”. Estas manifestaciones usualmente están sujetas a pruebas periciales. Así las cosas, para esa Corporación, el trastorno mental contenido en el artículo objeto de estudio está relacionado con la capacidad psíquica del sujeto pasivo para comprender las implicaciones del acceso carnal o del acto sexual cometido, así como con la posibilidad de autodeterminarse conforme a esa comprensión.

Por su parte, la doctrina equipara el trastorno mental a la “enajenación, alienación mental o alteración de la personalidad (...) En general es el desquiciamiento (...) de las facultades intelectivas y afectivas”. Otros académicos consideran que la condición sine qua non del trastorno mental radica en que debe privar de razón a la víctima, esto es, la incapacita para comprender el significado del acto sexual.

Así las cosas, mientras el estado de inconsciencia conlleva la imposibilidad material de ofrecer resistencia al acto sexual, el trastorno mental ocasiona que, aun si la víctima accede a este acto, tal consentimiento no sea válido debido a la afectación de las facultades intelectivas y volitivas que el sujeto pasivo sufre.

Así lo ha entendido también la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En el Auto del 11 de noviembre de 2009 (*M.P Eyder Patiño Cabrera - Rad. 51692*) determinó que la transgresión del bien jurídico protegido afecta la dignidad humana y la libre expresión de la voluntad. Aquella, entendida como la capacidad y posibilidad concreta, en un momento dado, de elegir y decidir libremente entre actuar o rechazar una conducta sexual. Esa Corporación concluyó que “para efectos de la estructuración de la conducta punible de acceso carnal o acto sexual abusivos..., en cuanto al trastorno mental..., solo basta que esté acreditado pericialmente en el proceso ese estado psíquico. [Por ello] (...) que el trastorno mental sea grave o leve es intrascendente para efectos del juicio de la adecuación típica, pues lo cierto es que esas condiciones psíquicas que se pregonan de la víctima son suficientes para impedirle determinar el alcance de sus actos”.

A modo de ejemplo, en la sentencia del 5 de diciembre de 2018 (*M.P Eyder Patiño Cabrera - Rad. 51692*), la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analizó si se había cometido el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con fundamento en el trastorno mental del sujeto pasivo. En ese caso, la presunta víctima –quien presentaba un “retardo mental moderado y trastorno de personalidad”– adujo comprender las implicaciones de las relaciones sexuales y admitió haber consentido las que mantuvo con el presunto agresor. El juez de segunda instancia concluyó que la víctima sufría un trastorno mental moderado, y que el acusado sabía de su situación, por lo que pese a ello, se aprovechó de aquella circunstancia para accederla carnalmente. Sostuvo que, si bien la víctima pudo presuntamente consentir, no estaba en capacidad de autodeterminarse en el campo sexual. Contrariamente, la Sala de Casación afirmó que para tipificar la conducta contenida en el artículo 210 del Código Penal, no basta con demostrar que el sujeto pasivo esté en situación de discapacidad mental, sino que es necesario acreditar que aquella alteración le impide comprender y consentir la relación sexual. En tal sentido, el autor aprovecha esta circunstancia –que impide que la víctima sea plenamente consciente del acto a la que es sometida–, para perpetrar el acto carnal que, en condiciones normales, el sujeto pasivo habría rehusado.

En ese mismo sentido, en la Sentencia del 11 de septiembre de 2019 (*Sentencia SP3732-2019 de septiembre 11 de 2019, M.P Eyder Patiño Cabrera. Rad.51950*), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia analizó una sentencia de segunda instancia que condenó al casacionista a una pena de 102 meses de prisión, por la comisión de actos sexuales con una menor de edad que padecía déficit cognitivo leve. Al respecto, recordó que en la jurisprudencia de esa Corporación, basta que se

confirme por cualquier medio apto, la alteración psíquica para que se incurra en el tipo, sin que se precise demostrar el grado de la afección. De esta suerte, lo esencial para que se configure es “que esas condiciones psíquicas que se pregonan de la víctima, [sean] suficientes para impedirle determinar el alcance de sus actos”. Ese Tribunal dijo que la presunta víctima relataba de manera hilvanada y consistente los actos a los cuales había sido sujeta. Sin embargo, advirtió que la Fiscalía no había aportado prueba sobre la valoración psiquiátrica o psicológica de la persona, que contribuyera a esclarecer la capacidad de comprensión en el ámbito sexual de la víctima y con ello su capacidad de resistir una agresión de esa índole. Por lo tanto, consideró que no se tipificó la conducta contenida en el artículo 210 de la Ley 599 de 2000 ante la ausencia de esa demostración.

En definitiva, de las normas, la jurisprudencia y la doctrina reseñada, se colige que el trastorno mental –como elemento descriptivo del acceso carnal o acto sexual abusivos–, es una alteración en las facultades de raciocinio, del comportamiento o afectivas, que le impiden a la víctima comprender las acciones sexuales que comete el agresor respecto de ella. Con independencia de si el trastorno es leve, moderado o grave, éste debe impedirle al sujeto pasivo ofrecer su consentimiento libre y válido para la realización de las conductas sexuales. Por lo tanto, en los procesos penales, en principio, además de la prueba del trastorno mental del sujeto pasivo, se debe demostrar que esa alteración incidió en su capacidad de decisión y de comprensión de la esfera sexual, pues es la libertad de elegir la que se protege el tipo penal.

3 - El acceso carnal o acto sexual abusivos por razones de incapacidad para resistir.

El estado de inconsciencia o trastorno mental no son las únicas situaciones en las que puede encontrarse un sujeto pasivo en un caso de acceso carnal o de actos sexuales abusivos, para configurar la tipicidad de la conducta. Por el contrario, el artículo 210 objeto de estudio posibilita que una persona sea sujeto pasivo de este tipo penal, en los casos en que, por cualquier circunstancia, se encuentra en incapacidad de resistir una agresión sexual, así no se trate de las circunstancias antes expuestas. En relación con este asunto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la situación que propone el tipo penal al aludir a la incapacidad de resistir en sentido estricto, “evidentemente es distinta de aquéllas que recogen los supuestos que a manera de ingredientes de contenido jurídico de trastorno mental o estado de inconsciencia prevé el tipo penal, pero que, en todo caso, debe inhibir a la víctima de la posibilidad de rechazar eficazmente a su abusador[;] entre cuyos ejemplos se suelen mencionar la debilidad extrema o la anemia exhaustiva, la hipnosis, la narcosis (...) y en general todas aquellas hipótesis que le impidan oponerse a las pretensiones sexuales del agente, sin que dentro de esta lista eminentemente enunciativa pueda excluirse alguna, pues la condición idónea para que el punible tenga realización está dada porque el sujeto pasivo no pueda enfrentar, esto es, no pueda resistir el acto abusivo” (*Sentencia del 24 de febrero de 2016 (Rad.47150), M.P Gustavo Enrique Malo Fernández*).

Asimismo, aquella Sala ha indicado que la incapacidad para resistir es un estado en el que el sujeto pasivo “no tiene ninguna opción de decidir libremente entre aceptar o no aceptar el acceso carnal o los actos sexuales diversos, y sus negativas físicas o verbales de cualquier tono o medida, no tienen ningún eco ni respuesta de aceptación, pues como se dijera su voluntad la que para nada importa, se halla dominada por la fuerza irresistible o por la insuperable coacción que le ha sido impuesta por el sujeto agresor quien atenta contra su libertad sexual” (*Sentencia del 25 de noviembre de 2008 (Rad.30546), M.P Yesid Ramírez Bastidas*).

Finalmente, ha aclarado que otra de las manifestaciones de la incapacidad para resistir es cuando la persona se halla en un estado de compulsión o vis compulsiva, es decir, actúa de cierta manera sin que “el yo ni los frenos inhibitorios de la racionalidad, de la conciencia y discernimiento consigan hacer uso de la libertad de actuar o de no

hacerlo” (*Sentencia del 25 de noviembre de 2008 (Rad.30546), M.P Yesid Ramírez Bastidas*).

En suma, la “incapacidad para resistir” es un concepto genérico que abarca toda situación que limita las posibilidades del sujeto pasivo de autodeterminarse y prestar su consentimiento para aceptar un acceso carnal o acto sexual (*Sentencia SP3449-2019 del 21 de agosto de 2019, M.P Luis Guillermo Salazar Otero*). De este modo, “no alcanza a comprender la relación o no tiene capacidad cognitiva libremente en su realización.” (*Sentencia SP15378-2016 del 26 de octubre de 2016, M.P Eugenio Fernández Carlier*).

Por ejemplo, mediante Sentencia del 27 de julio de 2006 (*M.P Alfredo Gómez Quintero. Rad.24955*), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estudió el caso de una mujer que acudió a las oficinas de Profamilia, en cumplimiento de una cita con un especialista sexólogo. Allí, expresó que sentía aversión al sexo, a lo que el profesional le contestó que no se preocupara. Ante la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la mujer, el sexólogo la persuadió para que no sintiera temor y consiguió cometer actos sexuales en contra de ella.

Conforme a los hechos descritos, los jueces de primera y segunda instancia resolvieron condenar al agresor por el delito de acceso carnal o actos sexuales abusivos con incapaz de resistir. La Sala de Casación consideró que la víctima era incapaz de resistir la conducta punible, debido a la situación de indefensión particular en la que se encontraba. Específicamente, sufría carencia afectiva y sensación de abandono. Además, mantenía una relación de sometimiento con su esposo, quien la golpeaba. Por lo tanto, expresaba confusión y miedo respecto de tocamientos sexuales. En tal sentido, aseverar que el caso no se tipificaba en la conducta descrita en el artículo 210 del Código Penal “(...) dejaría por fuera situaciones de origen psicológico que pueden en un momento determinado afectar el área cognitiva conductual de la víctima y que, como surge claramente en este caso, sean propicias para desencadenar en quien teniendo una condición cualificada por su conocimientos especiales, le permiten aprovecharse de la misma para acometer la realización de conductas abusivas”.

En definitiva, el delito de “acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir”, exige la demostración de: (i) un sujeto activo indeterminado; (ii) el acceso carnal o la comisión de actos sexuales como verbo rector; (iii) un sujeto pasivo calificado, pues debe tratarse de aquella persona que se encuentre en estado de inconsciencia, tenga un trastorno mental o en todo caso sea incapaz de resistir la agresión sexual; y (iv) que el sujeto activo conozca de dicha condición con respecto al sujeto pasivo y se aproveche de ella. (*Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de febrero de 2016, M.P Fernando Alberto Castro Caballero*).

En cuanto a **los elementos normativos**, el **estado de inconsciencia** se refiere a la inhibición de las facultades motoras e intelectuales de la persona, de tal forma que le sea imposible fácticamente ofrecer resistencia al acto sexual. Por su parte, el **trastorno mental** involucra alteraciones del pensamiento, la percepción y emociones que impiden a la persona entender la realidad en la que está inmersa y determinarse conforme a esa comprensión. Lo anterior, le impide entender los actos de carácter sexual que se despliegan en su contra y oponerse a ellos. De esa forma, el consentimiento que pueda dar no es considerado válido. **Finalmente, el concepto genérico de “incapacidad para resistir” abarca toda situación que inhibe a la víctima de toda posibilidad de rechazar la agresión sexual, pues no tiene opción de decidir libremente entre aceptar o no el acceso carnal o acto sexual. En resumen, el sujeto pasivo calificado de este tipo penal se encuentra en un estado en el que sus “capacidades, posibilidades y realidades de respuestas negativa o más claramente de oposición material frente al acceso carnal o actos sexuales diversos a aquel, se (...) [ven] doblegadas por la voluntad impositiva del agresor, frente a quien la víctima se encuentra a su merced, es decir, a su unilateral disposición”** (*Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, Sentencia del 25 de*

noviembre de 2008 (Rad.30546), M.P. Yesid Ramírez Bastidas). (Subrayado de esta Sala de decisión).

Era importante para esta Corporación traer a colación la jurisprudencia en la materia que, como se pudo apreciar, ha sido ampliamente reiterada por el Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria y refrendada por la H. Corte Constitucional, para establecer la diferenciación normativa en la alternancia del comportamiento punible señalado, es decir, los supuestos de hecho en los cuales se puede enmarcar el comportamiento delictivo en cuanto el aprovechamiento de circunstancias especiales en la víctima que doblegarían su voluntad de repeler o resistir una agresión sexual. Consideramos que, a partir de este tópico se presenta el primer inconveniente frente a la tesis planteada por la Fiscalía, estructurándose la duda razonable a favor del encartado, como que las circunstancias fácticas develadas en el juicio con las cuales hoy la Fiscalía censura el fallo absolutorio, no se acompañan a la adecuación típica realizada en la acusación cuando enrostró a Mauricio Botero Campuzano que, la agresión sexual cometida la menor de 14 años J.P.M se realizó aprovechándose de la inconciencia producto del sueño profundo para realizarle sexo oral.

Como puede apreciarse, ese juicio de acusación no se ajustó al supuesto de hecho objeto de los cargos, pues hoy los recurrentes pregonan haberse acreditado que la menor se encontraba en un “*estado de inconciencia*”, inclusive centrándose el debate al respecto y, presentando como argumentos de la impugnación lo colegido por la progenitora de la menor y lo manifestado por los testigos de cargo, entre ellos la doctora **Carolina Jaramillo**, perito Psiquiatra. En este caso, el punto de disenso es válido como que la presunta víctima no es una menor de 14 años, por lo cual se requería probar claramente cuál fue el elemento que doblegó su voluntad para comprender que fue agraviada sexualmente, de lo contrario, al no acreditarse ese crucial aspecto, afloraría, como en efecto ocurrió, la no responsabilidad del procesado.

Veamos el testimonio de la menor J.P.M. el cual nos ubicará en el contexto de los hechos²⁴:

Inicia el interrogatorio e la menor JPM. En adelante J.

Defensora de familia Gloria Elena Beltrán Osorio.

“**Juez:** iniciales de su nombre y fecha de nacimiento.

J: JPM del 12 de junio de 1999.

Juez: ¿conoce al señor Mauricio Campuzano?

J: sí.

Juez: ¿qué relación tiene con él?

J: él era el compañero de mi hermana y la relación era chévere, éramos amigos.

²⁴ Sesión de audiencia del 22 de mayo de 2014.

Interrogatorio de la Fiscalía:

F: ¿dónde y cuándo nació?

J: en Pereira el 12 de junio de 1999 en la clínica con familiar.

F: ¿cómo se llaman los padres?

J: Margarita Marín Belez y Carlos Alberto Pina Ortiz

F: ¿qué estudias y en qué grado estas?

J: estoy en el colegio Juan 23, en sexto y séptimos grados en uno en la jornada de la mañana.

F: ¿qué es lo que más le gusta hacer?

J: En mi tiempo libre actuó y bailo.

F: ¿practica algún deporte?

J: no

F: con quien vive?

J: con mi mamá, mis dos hermanos y mis dos sobrinos.

F: ¿sabe el motivo de esta declaración?

J: el señor Mauricio abuso de mí

F: ¿cuéntenos que fue lo que paso?

J: eso fue el día 30 de junio por la mañana, yo estaba costada en mi cama en mi casa, estaba dormida. Yo sentí un cosquilleo maluco en mi parte vaginal y cuando me levante no tenía mi ropa interior no tenía nada y lo vi a él en mi parte vaginal besándola. Y yo reaccione, me pare corriendo pal baño a pedirle auxilio a la señora de abajo por lo que comencé a gritar doña Doris ayuda, ayuda.

Doña Doris se asomó por una rendija que había por el patio y me dijo ¿qué había pasado? Y yo le dije que Mauricio había tratado de abusar de mí. Mauricio le estaba diciéndole Juliana deje de ser mentirosa que aquí no pasó nada.

Mauricio me tiró la ropa por una rendija del baño y la señora le dijo Mauricio ábrame la puerta y él no le quería abrir, la segunda vez que la señora le dijo que abriera la puerta en la abrió, ella entró y me sacó. Yo de la carrera solo me alcancé a poner la sudadera y me fui para donde ella, ahí le comencé a contar a la señora lo que había pasado, y Mauricio bajó a tocar la puerta de ella, yo le dije que no le abrirá y me sacó por la puerta de debajo de la casa de ella para llevarme donde mi abuela.

Ya donde mi abuela yo le conté todo a ella, después llegaron todos los policías, me llevaron al hospital San Joaquín y me tomaron las pruebas.

Después fuimos por los calzones que yo los había dejado en el baño y no los encontré, los encontré en el fondo de la caneca de la basura y las pruebas se las llevaron para medicina legal.

F: ¿cómo estaba vestida antes de lo ocurrido?

J: tenía una camisa amarilla un top los calzones eran morados y la pantaloneta era sapote con flores blancas.

F: ¿cuándo despertó que ropa tenía puesta?

J: solamente la blusa y el top.

F: ¿en ese momento donde estaban tus interiores y la pantaloneta?

J: no sé, no vi.

F: ¿por qué?

J: porque cuando yo lo vi ahí reaccioné y corrí a encerrarme al baño.

F: tú dices que después el señor Mauricio de paso la ropa ¿qué ropa te pasó?

J: la pantaloneta y los calzones

F: ¿y tú que te pusiste?

J: solamente la pantaloneta y los calzones los deje ahí

F: ¿manifiesta que después donde los encontró?

J: en el fondo de la caneca de la ropa sucia.

F: ¿y quien los metió ahí?

J: el señor Mauricio Campuzano

F: ¿cuándo usted despertó que el señor Mauricio estuvo en tu zona genital que le dijo?

J: yo no le dije nada, yo me quedé en shock y me paré y me metí al baño llorando.

F: ¿el señor Mauricio que le dijo como reaccionó?

J: él se quedó en shock y ya cuando la señora le dijo que le abriera comenzó a decir que deje de ser mentirosa que él no había hecho nada.

F: ¿describenos el lugar exacto donde eso ocurrió?

J: era mi casa, mi cuarto en mi cama.
F: ¿el día anterior a que horas se acostó?
J: no me acuerdo.
F: ¿ese día donde estaba su mamá?
J: trabajando
F: ¿se enteró del momento en que la mamá se fue a trabajar?
J: no
F: ¿cuándo tu mamá se va a trabajar, acostumbras a despedirte de ella?
J: no
F: ¿cómo era la relación de ella con el señor Mauricio?
J: era chévere, había confianza, éramos amigos
F: ¿que consumió el día antes de acostarse a dormir?
J: no recuerdo
F: ¿cómo era la relación del señor mauricio con los miembros de su familia?
J: buena
F: ¿se había presentado algún inconveniente?
J: se presentó un inconveniente con mi hermano Steven.
F: ¿qué fue lo que pasó?
J: eso fue después de una semana, mi hermano se puso a pelear con mi hermana, Steven le levantó la mano a mi hermana y Mauricio se metió y se iba a colocar a pelear, nosotros no los dejamos, mi hermano lo amenazó a él y le dijo que el algo tenía raro y él iba a descubrir qué y se fue de la casa.
F: ¿se fue para dónde?
J: para donde un amigo de él.
F: ¿pero se fue solo ese momento o se fue de la casa definitivamente?
J: se fue definitivamente.
F: ¿cómo era la relación suya con su hermana?
J: era bien, chévere
F: ¿porque razón ese día le quito su ropa interior, le manipulo su zona interior, porque no se enteró de ello?
J: porque yo tengo un sueño muy pesado, pueden llamarme puede hacer bulla, pueden hacer de todo y yo no me doy cuenta de nada.
F: ¿Porque considera que el señor mauricio abuso de ella sexualmente?
J: yo creo que solamente uno y el compañero de uno. Y el hacerlo así al escondido, inconsciente uno dormido y hacerlo así con miedo y de todo. Pues yo creo que es eso no.
F: ¿usted le había dado suficiente confianza al señor mauricio para que pasara una situación de estas?
J: no

Termina en el min 47:42.

Comienza defensa.

D: ¿es cierto sí o no que ella vive con la mamá, dos hermanos y tres sobrinos?
J: no, mi mamá, dos hermanos y dos sobrinos.
D: ¿es cierto que lo que acaba de narrar ocurrió el 20 de junio?
J: si
D: ¿es cierto que dijo que a las 7 de la mañana?
J: paso a las 7 de la mañana, pero hora exacta no tengo.
D: ¿es cierto que estaba dormida?
J: si
D: ¿qué sintió un cosquilleo?
J: si
D: ¿maluco?
J: si
D: ¿en la parte inferior?
J: en la parte intima.
D: ¿en ese momento advirtió a la presencia de mauricio eso es cierto?
J: si

D: ¿díganos exactamente que prendas tenía puesta en ese momento?
J: tenía una camisa amarilla, un top gris, unos calzones morados y una pantaloneta zapote con flores blancas
D: ¿es usual que duerma con ese tipo de prendas?
J: si
D: es cierto que alcanzo a ponerse la sudadera.
J: si
D: ¿en qué momento se la colocó?
J: en el momento que él, la tiro por la rendija del baño.
D: ¿cuándo se colocó la sudadera ya estaba dentro del baño?
J: si
D: ¿recuerda y sabe a qué distancia queda el baño del sitio en el que estaba en ese momento?
J: Pues del baño sigue la cocina y después la salsa y mi cama quedaba al ladito de la sala.
D: ¿qué hacía mauricio mientras ella se levantó y fue al baño?
J: él reacciono, se paró de la cama y me tiró la ropa y se quedó sentado en la escalera, escuchando que doña Doris le dijera que abriera, a la segunda vez que le dijeron que abriera él se paró y abrió.
D: ¿recuerda cómo estaba vestido Mauricio?
J: no
D: ella recuerda si Mauricio tenía puesta alguna prenda
J: no
D: ¿no tenía o no recuerda?
J: si, estaba vestido
D: ¿recuerda si en algún momento Mauricio la hubiera penetrado?
J: no, lo único que yo sentí fue un cosquilleo, no sentí dolor.
D: encontrándose ella acostada, cuando sintió el cosquilleo, que prendas tenía puestas cuando lo sintió.
J: solamente tenía puesta la camisa amarilla y el top gris.
D: ¿recuerda donde estaba la sudadera y los panti en ese momento?
J: no
D: ¿no sabe o no recuerda?
J: no sé, porque no vi en ese momento donde estaban.
D: ¿es cierto que los panti los encontró en el fondo de la caneca de la basura?
J: en el fondo de la caneca de la ropa sucia
D: ¿es cierto que efectivamente en ese momento estaba en shock cuando sucedió?
J: si
D: ¿para ti que significa la palabra shock?
J: estaba como asustada, parada.
D: ¿cómo está distribuida la casa en la que habitaba en ese momento?
J: vivimos en el tercer piso, había tres habitaciones, patio, baño, cocina y la sala.
D: ¿quiénes ocupaban las habitaciones?
J: mi hermana y él, mi hermano, yo mi mamá y mis dos sobrinos
D: indique con más precisión
J: en la primera habitación la que estaba al lado del patio estaba mi hermana con él con mi sobrinita, en el segundo el cuarto de mi hermano con mi sobrinito y en la tercer estaba con mi mamá.
D: ¿alguien dormía en la sala?
J: si, esa era la pieza de mi mamá y yo.
D: ¿tú te refieres a la sala como la habitación suya?
J: no, porque al lado de la sala no había ninguna pared ni nada, sin o al lado estaba ahí la cama
D: ¿los hechos ocurrieron precisamente ahí?
J: si
D: es cierto que no se dio cuenta a que horas salió la mamá?
J: no me di cuenta
D: ¿es cierto que la mamá no acostumbra a despedirse?
J: ella si se despide, pero yo no le escucho nada.
D: ¿ella dijo que no acostumbraba a despedirse, aclare eso?

J: no, yo dije que mi mamá acostumbra a despedirse, pero yo no le escucho nada y no me despido de ella.

D: ¿es cierto que mauricio tenía buena relación con la familia?

J: si

D: es cierto que hizo referencia a un problema entre Steven y mauricio

J:si

D: ¿ese problema fue antes o después de los hechos narrados?

J: antes

D: ¿recuerdas cuánto tiempo ante?

J: no recuerdo, maso menos una semana antes de eso

D: ¿es cierto que el hermano de ella amenazo a mauricio?

J: si

D: ¿en qué términos lo hizo?

J: que él tenía algo malo y que él iba a saber que era, lo iba a destapar y lo iba a matar.

Termina contrainterrogatorio en el min 1:00:44.

Fiscalía redirecto.

F: ¿por qué recuerda que esos hechos ocurrieron a las 7 de la mañana?

J: porque yo llegue donde mi abuela tipo 7:30, 7:40

F: cuando se refiere a una sudadera y a una pantaloneta, fue que se colocó las dos.

J: para mi es casi lo mismo

F: ¿cuándo dice que se fue al baño y el señor mauricio detrás de ella, esa puerta tenía algún seguro?

J: si, un pasador

F: ¿usted le colocó pasador?

J: si

F: ¿después de lo ocurrido entre su hermano y Mauricio, como siguió su relación con Mauricio?

J: normal, chévere.

F: ¿el problema que hubo entre Steven y Mauricio afectó tú relación con el señor Mauricio?

J:no

F: ¿ella se colocó la pantaloneta?

J: si

F: ¿observó algo en esa pantaloneta?

J: cuando me la quite observe como una baba, una cosa blanca

F: ¿cuándo se quitó la pantaloneta?

J: cuando llegue a la casa de mi abuela y ella me dijo que me bañara.

Contrainterrogatorio defensa

D: ¿cuándo dice que la relación con Mauricio era chévere, que quiere decir con esa expresión?

J: continuó siendo como era antes, no afecto nada.

D: ¿cómo era antes?

J: era normal chévere, teníamos confianza, el salía a comer con mi hermana me llevaban a mí, charlas, amigos.

D: ¿cuándo ella se dirigió al baño y colocó el pasador, que hizo Mauricio en ese momento?

J: el me tiro la ropa por la rendija del baño y me comenzó a decir que yo era unas mentiras que él no había hecho nada.

D: ¿recuerda cómo estaba vestido el señor mauricio en ese momento?

J: no

D: ¿recuerda si tenía puesto algo encima?

J: él estaba todo vestido

D: ¿cómo todo vestido?

J: tenía la camiseta y el pantalón

D: ¿qué camiseta?

J: no
D: ¿qué pantalón?
J: no

Termina en el min 1:05:26.

Preguntas complementarias del juez:

¿Como se enteró su vecina de lo que estaba pasando?
J: porque por el baño hay una rendija y yo la comencé a llamar para contarle lo que había pasado.
¿qué le contó?
J: que Mauricio me había violado, que subiera, que me sacara de ahí.
¿le hizo alguna manifestación Mauricio a la señora cuando subió?
J: no”.

Como puede advertirse, la menor señaló que estando dormida, al sentir un estímulo en su región genital (vagina) se despertó y observó con sus sentidos que el acusado se encontraba practicándole sexo oral. En ese punto, el *sueño* resultó ser el aspecto factico por el cual la Fiscalía consideró que la menor no pudo resistir o repeler la agresión sexual. Sobre ese punto, si existiese algún elemento probatorio idóneo que permitiera refrendar la versión de la menor en el ejercicio de corroboración periférica, pudiese darse credibilidad a su dicho e inclusive, tener por sentado aquel supuesto factico del estado de inconciencia²⁵, aun cuando no fue exactamente el cargo enrostrado, pues no se puede soslayar que desde la imputación fáctica se dio la oportunidad de conocer esa situación al procesado y de que estructurara su defensa al respecto; sin embargo, es que ni ***el estado de inconciencia o la incapacidad de resistir*** pudieron ser demostrados, pues en primer lugar, la Fiscalía no pudo exhibir en el juicio que efectivamente la menor padecía o tenía esa condición, aun cuando en el esfuerzo realizado por la Fiscalía en el interrogatorio a la ciudadana **Margarita Marín Vélez**, progenitora de la víctima, trató de hacerse énfasis en esa especial circunstancia.

En este punto, esta ciudadana indicó a la audiencia que todos sus hijos tienden a dormirse profundamente, ¿pero será que su dicho puede ser prueba fehaciente e irrefutable de que el día de los hechos, la menor se encontraba en esa condición o que regularmente su sueño fuese tan fuerte

²⁵ Al resaltarse que la Fiscalía se equivocó, cuando adujo que la víctima se encontraba en estado de inconciencia, también se debe hacer mención de lo que la doctrina ha dicho para diferenciar entre el estado de inconciencia y la incapacidad de resistir.

En tal sentido, se ha sentado:

BOTERO BERNAL, JOSÉ FERNANDO: La violencia en los delitos sexuales: sentido y alcance. Revista de Derecho Penal Contemporáneo # 49 oct.-dic. 2014. Legis Editores.

“(i) Incapacidad de resistir. Con esta situación se alude a la presencia de cualquier situación que imposibilite la defensa de una persona frente a las prácticas sexuales que se quieren efectuar con ella; por ejemplo, sin emplear violencia, se le da un fármaco que pone a la persona en un estado cuya respuesta es escasa y carente de fuerza, se le embriaga por manera tal que sus movimientos defensivos además de ser torpes pierden potencialidad de defensa.

(ii) Estado de inconciencia. Si la consciencia hace referencia a las facultades mentales superiores que permiten dar sentido a los movimientos musculares, la inconciencia es, en consecuencia, la ausencia de tales facultades gracias a la utilización de medios diferentes a la violencia física, lo que le habrá de imposibilitar la defensa. Siéndole así más fácil al victimario realizar la práctica sexual —acceso carnal o acto sexual—; por ejemplo, emplear un bebedizo o medicamento cuya ingesta deje dormida a la víctima o si se le embriaga hasta el punto de quedar dormida...”.

como para no responder a ningún estímulo? Considera esta instancia que no, aun cuando existe la libertad probatoria, como que el estado de inconciencia requiere de un análisis no solo factico sino también profesional, que permita comprender al juzgador su alcance.

Frente a esta temática, la señora Marín Vélez indicó en el juicio²⁶:

Interrogatorio Fiscalía: llama a la señorita **Margarita Marín Vélez** en adelante M, en el minuto 11:11.

F: ¿Usted sabe el motivo por el cual se encuentra rindiendo esta declaración?

M: Si

F: ¿Por qué?

M: el señor mauricio abuso de mi hija.

F: ¿Usted nos podría contar que fue lo que paso?

M: Eso fue el día 20 de junio, yo me levante como de costumbre a las 3:50 de la mañana, me organice, me despedí de ellos, mi hija Estefanía la compañera del señor mauricio quedo despierta porque ella se iba a trabajar. Yo me fui a trabajar, a las 10 de la mañana mi jefe se acercó a mi puesto y me dijo que me necesitaban en portería, por lo que bajé corriendo con mi jefe y ahí estaba mi hermano y me dijo que, Mauricio iba a violar a juliana, ahí mismo me dio una crisis y me puse a temblar y llorar. Entonces él me dijo que nosotros, fuimos y lo perseguimos porque él se había ido de la casa y le dimos una golpiza.

Por lo que me dijo, camine que a ella la tienen hospitalizada en San Joaquín, mi jefe me dio el permiso y, ya mi hermano me llevó en la moto. Cuando llegué, en la portería estaba mi hija la mayor con el hermano del señor mauricio, yo dije que había pasado y ella no me decía nada, estaba pasmada. Cuando yo llegue, en ese momento, ella estaba saliendo del consultorio del médico que le hizo el examen pertinente.

Ella comenzó a comentarme lo que había sucedido. Como le parece que yo estaba dormida, luego sentí un cosquilleo en la vagina. (...)

(...) F: ¿cuéntenos como fue el sueño de su hija para no enterarse de lo que estaba pasando?

M: ellos siempre han tenido un sueño muy pesado, me toca llamarlos tres cuatro veces, porque ellos no se despiertan.

F: ¿cuándo usted dice sueño pesado, a que se refiere?

M: que la bulla no les incomoda o cuando yo le digo algo, es como si no le dijera nada porque ella no escucha. Ósea, desde el momento en que cierra los ojos se priva".

Termina en el min 21:09.

Contrainterrogatorio defensa:

D: ¿ha dicho usted que trabaja como operaria en una Fábrica, es verdad?

M: es verdad

D: ¿que vive en la manzana 19 casa 13 de los 2005 lotes.

M: sí

D: ¿con tres hijos y dos nietos, es verdad?

M: si

D: ¿cómo se llaman los hijos?

M: mi hija la mayor Estefanía Pino Marín, el que sigue Steven Pino Marín y mi hija la menor se llama Juliana Pino Marín.

D: ¿cómo se llaman sus nietos?

M: mi nieta la mayor Helen Dahiana Morales Pino y el menor Juan Andrés Morales Pino.

D: ¿qué edad tiene Estefanía?

M: 22 años

²⁶ Sesión de audiencia del 22 de mayo.

D: ¿qué edad tiene Steven?

M: 19 años

D: ¿qué edad tiene Juliana?

M: tiene catorce años

D: ¿dijo usted que ese día 20 de junio se despertó a las 3:50 de la mañana, es cierto?

M: es cierto.

D: ¿cierto que usted dijo que se levantó y luego se bañó?

M: dije me levante y me organice como de costumbre.

D: ¿y que luego se fue a trabajar?

M: si

D: ¿se despidió de sus hijos es verdad?

M: si, nunca me voy de la casa sin despedirme de ellos, sin echarles la bendición.

D: ¿quiénes de sus hijos estaban ahí, cuando se despidió?

M: Estefanía y Juliana (...)

(...) D: ¿ha dicho usted que Juliana y sus hijos han tenido un sueño muy pesado, eso es cierto?

M: si

D: ¿que la bulla no les incomoda, ¿verdad?

M: no.

D: ¿que desde que cierra los ojos se priva, esa situación es solamente Juliana o todos?

M: no, Estefanía también es así.

D: ¿y Steven?

M: Él no es tan pesada, pero si me toca varias veces llamarlo (...)

(...) F: ¿cuándo usted dice que se despide todos los días cuando se va a trabajar de todos sus hijos también se despidió de la menor J?

M: si

Redirecto Fiscalía:

F: ¿ella en ese momento estaba despierta o dormida?

M: ella estaba dormida, yo le dije Juliana, Juliana que el señor la acompañe (acá refiere como un estado de somnolencia, donde responde entre dormida)

Termina en el min 34:00.

Contrainterrogatorio Defensa:

D: ¿dice usted que cuando se fue a ir se despidió verdad? ¿Y se despidió también de Juliana?

M: si

D: ¿y que le respondió medio dormida?

M: si”

Como puede advertirse, la madre de la menor antes de irse a trabajar se despidió de ella, aduciendo que la joven estaba en un estado de somnolencia realizando gesticulación y respondiendo con la palabra “si”, hecho que podría llevar a pensar que la menor tal vez no tendría sueño profundo, por lo cual, sí atendía estímulos. Es claro, según las versiones de los testigos de cargo y descargo, los hechos ocurrieron entre las 6:00 AM y 7:00 AM y, al parecer según lo narrado por la testigo de la defensa **Estefanía Pino Marín**, cuando ella salió de la casa para abordar el transporte hacia su trabajo en compañía de Mauricio Botero Campuzano, momento en el que no estaba su progenitora **Margarita Marín Vélez**, ya eran pasadas las 5:00 AM.

Este aspecto frente al tiempo de ocurrencia de los hechos no es claro, pues la menor enunció que recuerda que los hechos ocurrieron a las 7:00 AM, pues a las 7:30 AM fue llevada donde su abuela; sin embargo, la Fiscalía no aclaró con sus preguntas sobre la posibilidad de que hubiese sido más temprano, pues si se analiza su versión y la del acusado, desde que solicitó auxilio y al parecer acudió ante ese llamado la señora Doris, transcurrió un tiempo prudencial, o al menos así se puede entender de las versiones. Adicionalmente, su hermana **Estefanía Pino Marín**, indicó que a eso de las 6:15 AM el señor Botero Campuzano la llamó para comentarle lo acontecido, ahora el procesado, adujo que los hechos ocurrieron a las 6:30 AM, específicamente cuando él ingresó a la habitación con el consentimiento de la menor, quien se encontraba despierta.

Existiendo esa discrepancia temporal, es claro que no se puede decir con la contundencia como lo indican los recurrentes que, cuando la menor respondió al estímulo de su progenitora continuó durmiendo por prolongado tiempo, de ello solamente se tiene la versión de la joven que discrepa con la del procesado, siendo plausibles tanto una como la otra hipótesis, por lo cual se requería que científicamente se explicara el contexto de la “inconciencia” que pretendía probar la Fiscalía.

Así mismo, le asiste razón al no recurrente, cuando censura que la doctora **Carolina Jaramillo Toro**, médica psiquiatra, en su dictamen se centró en determinar si la menor J.P.M., se encontraba afectada psicológicamente a raíz de los hechos, si su relato era lógico y coherente, a explicar el estado anímico de la paciente, establecer si la víctima establecía patología por los hechos vividos, e informar si se sugería algún tratamiento especial, lo cual dista de cualquier valoración específica y directa a la menor sobre trastorno del sueño u otro tipo de aspectos que permitieran sustentar la argumentación de la Fiscalía. Veamos la declaración de la profesional²⁷:

Interrogatorio de la Fiscalía

F: ¿usted sabe el motivo por el cual está rindiendo esta declaración?

C:si

F: ¿por qué?

C: por una valoración en medio de un proceso a una menor

F: ¿cuándo usted hace esta clase de valoración deja algún registro?

C:si

F: ¿usted recuerda la fecha de esta valoración?

C: no

F: solicita exhibir a la testigo la evidencia marcada con el numero 9

F: ¿qué elemento tiene usted en sus manos?

C: informe pericial realizado por mí, lo reconozco porque tiene mi firma impresa en cada uno de los pies de páginas, tiene las plantillas que se utilizan en medicina psiquiátrica

F: ¿está en las mismas condiciones que usted lo elaboro?

C:si

²⁷ Sesión de audiencia del 22 de mayo de 2014. – Inicio video No. 3.

F: ¿en qué fecha realizo usted esta valoración?
C: impreso el 9 de diciembre y la hora de la entrevista noviembre 12 de 2013 a las 13:30.
F: ¿puede decirnos las iniciales de la menor?
C: JPM
F: ¿qué edad tenía?
C: 14 años
F: ¿recuerda el motivo de esa peritación?
C: si está afectada psicológicamente a raíz de los hechos, si el relato es lógico y coherente, estado anímico de la paciente, establecer si la víctima establece patología por los hechos vividos, informar si se sugiere algún tratamiento especial.
f: ¿qué técnicas empleo para realizar esa valoración?
C: seguimiento de la guía el protocolo básico, criterios de enfermedad mental del DCM4 y entrevista semiestructurada.
F: ¿la menor que usted valoró le hizo el relato de los hechos?
C: si
F: ¿nos podrías decir que manifestó?

Es claro y, así se advierte de lo declarado por la profesional que, aun cuando el relato de la menor agraviada parece lógico, coherente y razonable (*lo que no implica que su relato se tenga como verdad, según la aclaración del experto*) conforme la evaluación solicitada por el ente acusador y que fue el motivo de la peritación, éste no realizó ningún otro tipo de estudio y por ende, no aportó elementos de juicio concluyentes frente a los posibles estados de afección del sueño de la adolescente, relevantes para comprender el estado de inconciencia alegado por el ente acusador, pues lo único que se obtuvo de la perito fue su opinión (*de referencia*) frente al tema conforme los cuestionamientos de la Fiscalía, sin sentar una base pericial y sin advertirse si su concepto estaba relacionado con técnicas de orientación, probabilidad o certeza, advirtiendo solamente y lo entiende así esta judicatura, como una posibilidad, basado en literatura desconocida (*como que ante el contrainterrogatorio, no se señaló a que textos se refería*) de que esas alteraciones se presentaran en pacientes con la edad de la presunta víctima, pero se itera, no concluyó que en el asunto de especie ello hubiese ocurrido, es más no aportó siquiera información, a manera de ejemplo, de que la evaluada hubiese tenido algún aspecto antecedente al hecho, verbigracia, falta de sueño que conllevara al desvelo o el traspasado, que permitiesen comprender tal vez un sueño inquebrantable de la menor como se predica hoy por la Fiscalía.

En este punto, resulta relevante frente al análisis de dictámenes periciales, traer a colación la posición de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia:

“En síntesis, frente a la base técnico científica del dictamen pericial se tiene lo siguiente: (i) la opinión puede estar soportada en “conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”; (ii) el interrogatorio al perito debe orientarse a que este explique suficientemente la base “técnicocientífica” de su opinión, lo que implica asumir las respectivas cargas, como cuando, a manera de ejemplo, se fundamenta en una “ley científica” -en sentido estricto-, en datos estadísticos, en conocimientos técnicos, etcétera; (iii) el experto debe explicar si “en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, probabilidad o certeza”, lo que resulta determinante para establecer el peso que el dictamen puede tener en la decisión judicial, porque, a

manera de ejemplo, no es lo mismo que se afirme que existe más del 99% de probabilidad de que un hecho haya ocurrido, a que se concluya que es “más probable que menos probable” -preponderancia- que un determinado fenómeno haya tenido ocurrencia; (iv) cuando se pretende la admisión de “publicaciones científicas o de prueba novel”, se deben cumplir los requisitos previstos en el artículo 422 de la Ley 906 de 2004; (v) lo anterior, bajo el entendido de que el Juez no está llamado a aceptar de forma irreflexiva el dictamen pericial, sino a valorarlo en su justa dimensión, lo que supone el cabal entendimiento de las explicaciones dadas por el experto; y (v) en buena medida, la claridad sobre la base científica del dictamen pericial, y de los demás aspectos que lo conforman, depende de la actividad de las partes durante el interrogatorio cruzado, lo que es propio de un sistema de corte adversativo, del que es expresión la regulación del interrogatorio al experto, prevista en los artículos 417 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

(...)

La base fáctica del dictamen está constituida por los hechos o datos sobre los que el experto emite la opinión. Por ejemplo: (i) la presencia y ubicación de las heridas en el cuerpo de la víctima pueden ser insumos suficientes para que el médico legista explique la causa de la muerte; (ii) la localización de la víctima para cuando fue atropellada por un automotor, la ubicación final del cuerpo, las características del rodante, la extensión de la huella de frenada, etcétera, le pueden permitir a un físico calcular la velocidad que el procesado le imprimía al automotor en los momentos previos al accidente; (iii) las reacciones de la persona sometida a un evento traumático pueden resultar útiles para que el experto en la respectiva disciplina dictamine sobre las afectaciones de orden psíquico derivadas de la conducta punible; etcétera.

La base fáctica del dictamen puede estar conformada por lo que el perito percibe directamente, como sucede, verbigracia, con los médicos legistas que estudian un cadáver y, a partir de esa información y de sus conocimientos especializados, emiten una opinión sobre la causa de la muerte. Igual sucede, también a manera de ilustración, con el perito en mecánica automotriz que inspecciona un vehículo involucrado en un accidente y, luego, aplica su experticia a los datos obtenidos, para arribar a una determinada conclusión. En estos casos, el perito es testigo de los hechos o datos a partir de los cuales emite su opinión, los cuales, en sí mismos, son relevantes para tomar la decisión, bien porque tengan el carácter de hechos jurídicamente relevantes o de “hechos indicadores”, según lo indicado en el numeral 6.1.

Es igualmente posible que la base fáctica del dictamen esté conformada por hechos que son demostrados en el juicio oral a través de otros medios de prueba [...]. [...] El perito debe explicar la relación que existe entre la base “técnico-científica” y la base fáctica, lo que incluye la determinación de si “en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza” (Art. 417). En esencia, el experto debe explicar por qué el caso objeto de opinión encaja en las reglas técnico científicas que ha explicado (...)

(...) Cuando la parte pretende utilizar dictámenes periciales para demostrar su hipótesis factual, debe tener claros los aspectos analizados en precedencia, entre los que cabe resaltar: (i) cuál es la base fáctica del dictamen; (ii) cómo pretende demostrar ese componente del dictamen; (iii) cuál es el hecho jurídicamente relevante o el hecho indicador que busca demostrar con la opinión; (iv) cuando pretende fundamentar su teoría del caso en prueba de referencia, debe precisar cuáles son los datos adicionales que se demostrarán con el experto, bien porque los haya percibido “directa y personalmente” o porque puedan acreditarse con su opinión; (v) tiene el deber de constatar si esa información es suficiente para cumplir el requisito previsto en el artículo 381 en cita; etcétera.

En este contexto, la Sala debe resaltar el riesgo de que la Fiscalía descuide la actividad 3 investigativa y la consecuente obtención de “verdaderas pruebas”, por su confianza en que cualquier opinión emitida por un experto pueda ser

tenida como prueba irrefutable de la responsabilidad penal, sin sentar mientes en los aspectos epistémicos atrás analizados y, en general, en la reglamentación de la prueba pericial. Así, por ejemplo, en ocasiones se observa que el ente acusador, en lugar de asegurar en debida forma la prueba testimonial y realizar con prontitud y rigor científico los actos de investigación orientados a recoger y analizar los vestigios del abuso sexual (CSJSP, 31 Agos. 2016, Rad. 43916, entre otras), confía en que los dictámenes sobre la “validez” o “credibilidad” de las declaraciones pueden ser suficientes para soportar su hipótesis factual, cuando ni siquiera se ha logrado obtener una versión idónea para realizar ese tipo de pruebas y sin considerar las limitaciones que tienen las mismas, incluso cuando son aplicadas con todo rigor (CSJSP, 09 Mayo 2018, Rad. 47423). Estas mismas reflexiones son procedentes frente a la actividad de la defensa, cuando propone hipótesis factuales alternativas.”. (Subrayado de esta Sala de decisión)²⁸.

Así, esa declaración como opinión, no resulta un elemento probatorio definitivo e idóneo de esa condición. Consideramos que, si la tesis de la Fiscalía era defender el “*estado de inconciencia*” que catalogó genéricamente en *la incapacidad de resistir*, debió prever que se requería un análisis profundo, pues la testigo de cargo (*la madre de la menor*) en su relato dejaría vacíos que tendrían que corroborarse. Para mayor ilustración, esto fue lo que dijo el perito psiquiatra como opinión frente al tema:

Interrogatorio Fiscalía:

“F: de acuerdo a lo manifestado por la menor que también se lo manifestó a usted, ella el día de los hechos estaba dormida, cuando se despierta estaba sin su ropa interior, el cuñado está manipulándole con la boca la zona íntima, además se le realizó un examen médico legal donde se le encontró un eritema en la zona vaginal, mi pregunta es DR. de acuerdo a sus conocimientos, es posible que una persona que este durmiendo le pasen todas estas cosas y solamente se venga a despertar en un momento dado que está pasando esto?”

C: el sueño tiene unas características particulares, cuando uno duerme el ciclo de sueño sigue unas etapas, la etapa 1,2,3,4 y etapa de movimientos seculares rápidos, particularmente el sueño de los adolescentes, tomándolos por debajo de los 16 años, es un sueño que en las últimas etapas, es más larga y ocupa más porcentaje, esas son las etapas de sueño profundo, son las etapas donde hay una desconexión total, casi de inconciencia y en las cuales es muy difícil despertar a cualquier persona, máximo a los niños y adolescente.

Los adultos tenemos un 30% de sueños seculares rápidos, es la parte donde soñamos y en los niños y adolescentes es alrededor del 50% por lo que hay mucha más profundidad en el sueño y las etapas son más largas. Por eso, es muy posible que alguna persona que este en movimiento seculares rápidos, se puede movilizar, se pueda incluso tocar, llevar de un sitio a otro a veces sin que se despierte fácilmente, puede despertarse con una estimulación vigorosa, los libros describen que esta etapa de sueño es casi un nivel de inconciencia como si uno estuviera en una unidad de cuidados intensivos donde se reacciona únicamente al dolor

Contrainterrogatorio de la defensa

D: ¿recuérdale al señor juez cuales fueron los puntos objeto de la valoración hecha por usted en relación con este asunto?

²⁸ SP2709-2018 Radicación No. 50637, Sentencia del 11 de julio de 2018, MP. Patricia Salazar Cuellar.

C: si está afectada psicológicamente a raíz de los hechos, si el relato es lógico y coherente, estado anímico de la paciente, establecer si la victima establece patología por los hechos vividos, informar si se sugiere algún tratamiento especial.

D: ¿de acuerdo con la valoración realizada hizo usted alguna valoración de tratamiento para la paciente?

C: no

D: ¿encontró alguna patología en ella?

C: no

D: ¿encontró alguna afectación a raíz de los hechos?

C: no

D: ¿ha dicho usted que de acuerdo a la lógica y coherencia guarda relación con que el relato sea acorde a la realidad?

C: si

D: ¿que sea las ideas adecuadamente relatadas verdad?

C: si

D: ¿que haya una ilación ordenada de la narración?

C: si

D: ¿esos aspectos necesariamente conducen a que la persona este diciendo la verdad, sí o no?

C: no se puede decir eso. (...)

(...) D: ¿además de esa entrevista que otros instrumentos utilizo usted para realizar esta valoración?

C: se tiene en cuenta la documentación que llega acerca del caso y la entrevista semiestructurada, no se emplea ningún tipo de test en las evaluaciones que se realiza

D: ¿usted recuerda que elementos fueron suministrados como apoyo para esa valoración?

C: no recuerda

D: ¿dice que en la etapa de adolescencia el sueño puede ser más profundo es eso cierto?

C: si

D: ¿con base en estudios que usted ha realizado cierto?

C: basado en la literatura

D: ¿el sueño tiene etapas?

C: si

D: ¿cuántas etapas tiene?

C: tiene cuatro etapas y una adicional, enumeradas 1,2,3,4 y la etapa de movimientos seculares rápidos.

D: ¿cuándo usted hizo referencia a esa profundidad del sueño en que etapa ubica usted esa situación?

C: en la etapa 4 y la etapa de movimientos seculares rápidos.

D: ¿en qué momento del sueño puede estar la persona cuando está en la etapa de movimientos seculares rápidos?

C: generalmente cuando uno entra en la etapa de sueño uno tiene dos etapas grandes de sueño en la noche; los adolescentes y niños pueden tener tres o cuatro etapas, cada etapa dura más o menos entre 90 y 120 minutos promedio.

Un ciclo completo desde la etapa 1 hasta la etapa de movimientos oculares rápidos y vuelve y arranca, pero es uno tiene dos momentos particulares en la noche cuando es adulto, para ensoñaciones y los niños tiene un poquito más alrededor de 3, 4 etapas. El final de la etapa de sueño es entre la etapa 3,4 y movimientos oculares, por lo que tiene un poquito menos entre 60 y 90 minutos.

D: ¿esas etapas tienen un orden secuencial?

C: si

D: ¿cuándo la persona se duerme a que etapa entra?

C: uno va pasando las etapas progresivamente, siempre uno empieza en la etapa 1 cuando uno está empezando a dormirse, cuando todavía tiene percepción de los estímulos de afuera, va pasando la etapa 2, en la etapa 3 comienza la desconexión motora y en la etapa 4 y movimientos oculares rápidos es la etapa de sueño profundo.

Uno siempre empieza en la etapa uno, lo que pasa es que tiene diferente duración, hay personas que cuando tiene una enfermedad mental se les disminuye la etapa uno y se

les aumenta la etapa de movimientos oculares o al revés, dependiendo de diferentes patologías.

D: ¿una persona normal a la que no se le evidencia patologías, en que etapa el sueño es más profundo?

C: etapa 4 y movimientos oculares

D: ¿tiene que ver que la persona tenga determinada edad para determinar la profundidad de esa etapa?

C: si, los niños y adolescentes basado en los menores de 16 años, tiene etapas de sueño más largas y de mayor profundidad de lo que tenemos los adultos

Preguntas complementarias del juez:

J: ¿una persona que duerme toda la noche alrededor de la 7 de la mañana podría calcularse en que etapa estaría una adolescente de 14 años?

C: generalmente uno tiene una etapa de sueño profundo en la mañana, como uno tiene dos ciclos, generalmente en la mañana, es por eso que cuando uno tiene ese último sueño de la mañana al despertar es muy profundo. Generalmente a la mitad de la noche y en el final son etapas de sueño profundo. Por eso es que a las 2 de la mañana 3 A.M, promedio es cuando uno a veces puede levantarse al baño, oír algo que pasa porque son etapas 2,3 donde no hay tanta profundidad.”.

Luego entonces, resulta diáfano, no existe un elemento probatorio claro e inequívoco del estado de inconciencia alegado por los recurrentes. Ahora, si partimos de la idea de que el sueño o somnolencia se pudiere equiparar a la *incapacidad de resistir* como concepto genérico que abarca toda situación que limita las posibilidades del sujeto pasivo de autodeterminarse y prestar su consentimiento para aceptar un acceso carnal o acto sexual, estamos ante una versión que debe cotejarse frente a aquella proporcionada por el acusado, cuando refirió que la menor al momento de los hechos no se encontraba dormida y que por el contrario, fue ella quien consintió el acercamiento de aquel a su dormitorio.

Se aprecia por este Tribunal que, aun cuando el acusado trató de exculparse indicando no haber realizado ningún acto libidinoso contra la menor, pues la manipulación del cuerpo de la adolescente en piernas, estómago y glúteos fue producto de un masaje consentido, ese argumento se torna inverosímil y de poca credibilidad, pues la prueba científica ofrecida por la Fiscalía y que se circunscribió al dictamen de la Bacterióloga **María Ignacia Castillo Amézquita** y la profesional especializada forense **Margarita María Arregoces Torreagoza**, quienes declararon en juicio, demostraron la presencia de sus espermatozoides en la sustancia seminal que impregnó las prendas de la menor.

No es de recibo que, el procesado aun cuando indicó en el juicio haber sostenido relaciones sexuales con su pareja sentimental (*Estefanía Pino Marín*) en horas de la madrugada del día de los hechos, lo cual fue ratificado por ella en su testimonio, pretenda convencer a la judicatura que su semen lo llevara consigo en sus manos desde esas horas, para luego salir a la calle con destino al paradero del servicio de transporte público para acompañar a su pareja, quien se dirigía hacia al

trabajo, regresó a la vivienda, ingresó a su habitación y luego arribó al cuarto de la menor a charlar con ella, para terminar haciéndole un masaje, todo esto, sin limpiarse las manos de la presunta la sustancia seminal que tenía desde aquel encuentro sexual, impregnando finalmente la prenda de la víctima.

En ese sentido, el examen físico de la menor realizado por el médico legista **Dr. Jorge federico Tomas Gartner Vargas** y su declaración en juicio, dejó claro que la adolescente tenía himen integro no elástico, lo cual es significativo de que no fue accedida carnalmente, por ende, se infiere que aquel acto (masaje de piernas, estomago e inclusive, glúteos) si podría adecuarse aun comportamiento de connotación sexual realizado por el señor Mauricio Botero Campuzano a J.P.M, circunscrito a la estimulación, lo cual derivaría inclusive, en su propia satisfacción al desarrollarse, pudiéndose deducir del hallazgo del material biológico en la prenda de J.P.M. y el eritema (enrojecimiento) en su región vaginal hallado por el médico legista.

Si bien, no se da credibilidad al hecho de que entre las dos personas no hubiese existido un acercamiento de índole sexual, esa excusa tendría explicación en el hecho que, la aceptación de esa especial circunstancia podría generar el escarnio familiar, pues recordemos que la hermana de la presunta agraviada, la señora **Estefanía Pino Marín**, sería la compañera sentimental del procesado. A su vez, el reconocimiento de alguna acción por parte de la menor J.P.M podría derivar en que su consanguínea y su familia la señalaran por haber tenido un acercamiento sexual consentido con el señor Botero Campuzano, luego sería plausible entender que lo hubiese denunciado para no quedar mal frente a sus familiares.

En este punto, se centraron los argumentos del juez de instancia y que fueron catalogados por la Fiscalía como suposiciones; sin embargo, para esta Sala de decisión esa tesis se traduce en un argumento defensivo que podría tener probabilidad de verdad, correspondiendo entonces a la Fiscalía desvirtuarlo, aportando a la judicatura un conocimiento más allá de toda duda razonable. No olvidemos, la Fiscalía no probó la existencia de una circunstancia que de facto y contundencia pudiera develar que J.P.M al momento de los hechos no podía autodeterminarse y prestar su consentimiento para aceptar el acto sexual, luego ante ese escenario se contraponen las dos versiones, en donde la segunda, la del procesado, sería que la menor si prestó su consentimiento para que él se acercara y la tocara.

Así, de las declaraciones en juicio de **Margarita Marín Vélez** y de **Estefanía Pino Marín**, se puede extraer como entre el procesado y J.P.M existía una relación cordial, jocosa y de mucha confianza, tanto así que debieron llamarle la atención no solo a la menor, sino a también, a

Mauricio Botero Campuzano, pues se estaría permeando la barrera de la distancia que debía tener este señor para con la adolescente.

Al respecto veamos que señaló la señora Marín Vélez en el juicio:

Contrainterrogatorio de la defensa:

(...) D: ¿ha dicho a usted a una pregunta de la Fiscalía con la relación de mauricio y ella que era una relación normal?

M: si

D: ¿qué charlaban, que recochaban?

M: si, porque se le dio mucha confianza

D: ¿y que la convidaban a ella, su hija Estefanía, cierto?

M: si

D: ¿cuándo usted dice que charlaban a que se refiere?

M: por decir estaba Estefanía y mauricio hablando y la incluían a ella en la conversación o estaban en la habitación en la cama y se ponían a recochar los tres, a comentar cosas o a escuchar música, ver televisión y comentaban entre ellos.

D: ¿era normal que juliana, su hija, compartiera con Estefanía y mauricio esos espacios de la casa, la cama, la habitación?

M: me parecía normal porque Estefanía estaba presente.

D: ¿pero lo compartían sí o no?

M: si

D: ¿dice usted que ellos a veces también recochaban verdad, esa recocha en qué consiste?

M: a veces en la parte del patio o en la parte donde teníamos la televisión y unas sillas, mauricio cuando llegaba de trabajar se recostaba ahí en el piso y tiraba a Estefanía y le hacía cosquillas y de todo y, a veces también se ponía a recochar así con juliana.

D: ¿cómo veía usted ese jugueteo cuando lo hacía con Estefanía y con juliana?

M: pues no lo veía muy normal porque yo siempre he sido como precavida y le decía Juliana a mí no me gusta tanta confianza con Mauricio, inclusive él también, muchas veces intentó recochar así conmigo por eso me parece normal hasta cierto punto.

D: frente a esas manifestaciones que le hacía usted a juliana, de que no le gusta tanta confianza con mauricio, ¿ella que actitud asumía?

M: decía mamá es normal porque él me respeta y no le falta el respeto a uno para nada.

Ahora frente a lo declarado por la señora Pino Marín se tiene:

Interrogatorio defensa:

D: ¿cómo era la relación entre mauricio y JPM?

E: ellos se la llevaban muy bien, muchas veces, yo creo que era muy confianzuda igual yo le decía a Mauricio que ya no más confianzas con ella, trátela serio porque ustedes tienen mucha confianza, lo mismo le decía a ella, JPM no trate a Mauricio así trato serio que él es un hombre no me gustan esas confianzas.

Ella para donde nosotros salíamos decía, Mauricio me lleva para todas partes, Mauricio iba a jugar un partido decía Mauricio me lleva. Inclusive el día que paso eso, le dije Mauricio se va y se acuesta en la casa, cero confianzas con Juliana eran muy confianzudos, eso se despertaba ella iba y le tiraba agua o le quitaba la cobija cualquier cosa pasaba, igual yo se lo dije a ella y se lo dije a mi mamá.

D: ¿díganos frente a esas advertencias que le hacía usted a JPM acerca de la confianza con Mauricio ella que le contestaba?

E: nada, se reía

Complementaria del juez:

Juez: ¿acláreme una cosa, porque le advirtió a Mauricio, el día que la acompañó a tomar el bus, el día del problema que se entrara para la habitación y que mucho cuidado con J?

E: porque tenían mucha confianza los dos y ya todos les habíamos advertido que dejaran la confianza que dejaran los juegos pesados, los juegos de mano, que de pronto jalarse el pelo.

Juez: ¿se quedaban solos ellos?

E: ese día sí, y muchas veces antes se habían quedado solos.

De conformidad a estas versiones, se tiene que, entre el acusado y la presunta víctima, en virtud de esos lazos de confianza existía esa posibilidad de acercamiento interpersonal y que compartieran a solas en varias oportunidades, lo cual se acompasa a la versión del acusado, quien indicó que estando solo con la menor y con su consentimiento, se aproximó donde ella duerme para posteriormente proceder a masajear su cuerpo. Ahora, existe un hecho que la Fiscalía no pudo desvirtuar conforme las exculpaciones del procesado y es aquel que, cuando él y J.P.M se encontraban solos en la habitación de la niña, tocaron a la puerta, por lo cual la menor se alertó y salió corriendo para el baño sin sus prendas íntimas, pues recordemos que tanto ella y el señor Campuzano Botero coinciden en que este último, le paso las prendas de vestir a la joven cuando ella se encontraba en el baño; empero, al parecer, al momento del desplazamiento de J.P.M desde su cuarto al baño, pudo haber sido vista desde el segundo piso por Doris, quien alcanzaría a percibir lo que estaba ocurriendo, por lo cual la menor le indicó que Mauricio habría abusado sexualmente de ella.

En este punto, la versión de la menor fue la siguiente:

“Interrogatorio Fiscalía:

J: eso fue el día 30 de junio por la mañana, yo estaba costada en mi cama en mi casa, estaba dormida. Yo sentí un cosquilleo maluco en mi parte vaginal y cuando me levante no tenía mi ropa interior no tenía nada y lo vi a él en mi parte vaginal besándola. Y yo reaccione, me pare corriendo pal baño a pedirle auxilio a la señora de abajo por lo que comencé a gritar doña Doris ayuda, ayuda.

Doña Doris se asomó por una rendija que había por el patio y me dijo ¿qué había pasado? Y yo le dije que Mauricio había tratado de abusar de mí. Mauricio le estaba diciendo juliana deje de ser mentirosa que aquí no pasó nada.

Mauricio me tiró la ropa por una rendija del baño y la señora le dijo Mauricio ábrame la puerta y él no le quería abrir, la segunda vez que la señora le dijo que abriera la puerta en la abrió, ella entró y me sacó. Yo de la carrera solo me alcancé a poner la sudadera y me fui para donde ella, ahí le comencé a contar a la señora lo que había pasado, y Mauricio bajó a tocar la puerta de ella, yo le dije que no le abrirá y me sacó por la puerta de debajo de la casa de ella para llevarme donde mi abuela.

Ya donde mi abuela yo le Conté todo a ella, después llegaron todos los policías, me llevaron al hospital San Joaquín y me tomaron las pruebas.

Contrainterrogatorio de la defensa:

D: ¿recuerda y sabe a qué distancia queda el baño del sitio en el que estaba en ese momento?

J: Pues del baño sigue la cocina y después la salsa y mi cama quedaba al ladito de la sala.

D: ¿qué hacía mauricio mientras ella se levantó y fue al baño?

J: él reacciono, se paró de la cama y me tiró la ropa y se quedó sentado en la escalera, escuchando que doña Doris le dijera que abriera, a la segunda vez que le dijeron que abriera él se paró y abrió.

Preguntas complementarias del Juez:

¿Como se entera su vecina de lo que estaba pasando?

J: porque por el baño hay una rendija y yo la comencé a llamar para contarle lo que había pasado.

¿qué le contó?

J: que Mauricio me había violado, que subiera, que me sacara de ahí.

¿le hizo alguna manifestación Mauricio a la señora cuando subió?

J: no.

Ahora, frente a ese particular, esta fue la versión del acusado:

Interrogatorio de la defensa:

“(...) M: a JPM, inclusive mi esposa se enojó ese día, que no le hiciera ningún tipo de masaje que dejara la bobada ya.

Esa mañana me dice ella que antes de que vayamos hágame un masajito que yo quiero un masaje de los que usted le hace a mi hermana. Yo llegue, me puse a masajearla, la masajee inclusive ella no puso ningún tipo de problema

D: ¿ese masaje que usted le hizo a ella con que lo hizo?

M: había aceite

D: ¿qué clase de aceite?

M: aceite Johnson

D: ¿en qué parte del cuerpo le hizo el masaje?

M: en la parte de los pies, luego muslos, contra muslos parte del estómago, glúteos

D: ¿en algún momento de esa masajeadada usted observo que JPM estuviera dormida?

M: no estaba dormida

D: ¿qué pasó luego?

M: luego el short por hacerle masaje, ella se desprende del short, yo empiezo a masajearla

D: ¿se desprende es qué?

M: ella se lo quita, queda en interiores

D: ¿usted recuerda que clase de short era?

M: era un short sapote

D: ¿se quita el short?

M: si

D: ¿y qué más?

M: yo la sigo masajearlo, igual yo le hice el masaje normal, Juliana no presentaba ningún tipo de rechazo en ningún momento ella me rechazo nada, simplemente se dejó hacerle masaje

D: ¿usted recuerda ella donde coloco el short?

M: el short lo tenía ella al lado de la cama

D: ¿qué sucedió luego?

M: luego de eso se sintieron ruido en el segundo piso, como si hubieran golpeado la puerta, juliana se para asustada, se tira para el baño, yo obviamente me preguntaba, mierda que estoy haciendo yo aquí, porque me dejé llevar hasta este momento, yo le dije Juli estas bien.

Ya se presentó la señora del segundo piso

D: ¿cómo se llama la señora?

M: se llama Doris, entonces Juliana comienza a decir, no es que él me está abusando que le me estaba violando que él me estaba haciendo esto.

D: ¿desde donde le hizo esas manifestaciones?

M: ella estaba en el baño y para bajar al segundo piso por la parte del patio hay una clase de entrada, entonces cuando la señora se asoma por ahí Juliana estaba gritando, diciendo que yo la estaba manoseando que yo la estaba violando

D: ¿usted recuerda en qué estado de ánimo se encontraba JPM cuando salió y llamó a la señora?

M: cuando ella salió, la señora subió y le dijo miya que tiene, entonces dijo no, lo que pasa es que él me estaba tocando, él me estaba manoseando que él me trato de violar. La señora se la llevó para el segundo piso.

Yo inclusive baje, y le dije Juliana usted sabe que yo no le hice nada de eso no sea mentirosa me está metiendo en un problema, como el señor de la casa es un poquito más recatado me dijo.

D: ¿quién es el señor de la casa?

M: el esposo de doña Doris

D: ¿cómo se llama?

M: no sé el nombre de él, él me dice no déjela que ella se vaya para donde la abuelita más bien vaya solucione este problema.

Inmediatamente yo salgo a llamar a mi esposa.

Contrainterrogatorio Fiscalía:

(...) F: ¿cuándo usted dice que sintieron un ruido en el segundo piso puede precisar qué clase de ruido?

M: una especie de golpes, como si estuvieran golpeando la puerta. (...)

Preguntas complementarias del Juez:

Juez: ¿hablemos de la señora Doris, en que piso vivía ella?

M: la señora Doris vivía en el segundo piso de la casa

Juez: ¿cómo es que aparece la señora Doris en esta escena?

M: ella se asomó, estaba extendiendo una ropa ahí en el segundo piso, entonces cuando Juliana la ve a ella empieza a gritar a decir que yo la estaba abusando.

Juez: ¿hay visibilidad desde el lugar donde estaba la señora Doris hasta la cama de J?

M: no porque eso queda en la parte de atrás

Juez: ¿entonces no le entiendo cómo es que la señora se asoma a extender una ropa y cuando Juliana la ve a ella empieza a gritar?

M: Juliana la ve desde el baño, estaba metida en el baño porque cuando tocan la puerta Juliana lo que hace es tirarse hacia el baño

Juez: ¿porque tocaron la puerta?

M: no sé, tocaron, yo sentí abajo en el segundo piso como si estuvieran tocando la puerta, al sentir eso Juliana se para corriendo de la cama y se mete al baño

Juez: ¿usted dijo que cuando J entro al baño usted reaccionó que significa eso?

M: significa que ella cuando va hacia el baño, yo me levanto también, inclusive le paso el short, ella ya estaba hablando con la señora del segundo piso diciéndole que yo la estaba tocando, me acercó y le digo Juliana no diga eso que eso no está pasando. Entonces doña Doris me dice, ábrame la puerta, yo me devuelvo a abrirla la puerta a ella, ella sube y se queda con Juliana, hasta que se la lleva para el segundo piso.

Juez: ¿usted reacción después de que J empezara a gritar?

M: exacto

Juez: ¿en algún momento usted toco la ropa interior de J?

M: yo lo que recogí fue el short

Juez: le pregunta el abogado ¿qué paso luego? Entonces dice, luego se sintieron ruidos en el segundo piso, J se para asustada reaccione, que estaba haciendo. Luego se presentó la señora Doris del segundo piso y ella me dijo que yo estaba abusándola.

Entonces la reacción fue cuando ella entro al baño, ¿ella entro al baño gritando?

M: si, ella entro al baño y empezó a gritar que yo la estaba abusando

Juez: ¿por qué J habría de decir que usted la estaba abusando si nadie los veía?
M: ella se asustó, se levantó muy azarada de la cama y cuando llegó al baño no se si
doña Doris la encontró ahí o se vio con doña Doris, estaba azarada.

Colorario a lo anterior, es ausente la prueba que pudiese cotejar la versión de la menor, pues esa corroboración periférica que hoy se echa de menos, no se edificó ni con el relato de la señora Doris, como que la Fiscalía no la llamó al proceso, ni tampoco con otros elementos probatorios, como la incorporación de planos o fotografías que ilustraran claramente la distribución del lugar donde ocurrieron los hechos (*manzana 3, casa 15 barrio Villa Albania -Cuba de esta ciudad*) a efectos de restar o no credibilidad a la versión del procesado, ya que solo se contó con el informe fotográfico de aquel predio, adiado del 23 de junio de 2013, que se incorporó al debate público a través del testigo **Juan Edicson Vanegas Hernández**, así como el interrogatorio realizado por la Fiscalía a ese testigo que, en nada permite aclarar tan relevante circunstancia, es decir, la tesis defensiva de que Doris desde el segundo piso, hubiese tenido la posibilidad de ver las situación planteada por el acusado. Luego, es carente el proceso de prueba que nos permita desvirtuar la duda que emerge en virtud a los aspectos analizados.

Debe precisar esta Colegiatura que, el hecho de que la menor tuviera buena relación con el procesado, no significa que se le de credibilidad total a la versión de éste y por ende se entienda que la adolescente otorgó su consentimiento para el posible encuentro sexual, lo que interpreta la Sala de lo develado en el juicio a partir de ese aspecto, es un hecho indicador que torna como probable la versión del procesado, pues no existe un elemento probatorio que lo desvirtué. Luego, al no poderse descartar ninguna de las dos tesis, la duda procesal emerge claramente a favor del acriminado en virtud del apotegma universal *in dubio pro reo*.

Se reitera por este Tribunal, la posición que sobre el particular tiene la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia:

“Bajo ninguna circunstancia puede entenderse que las personas que comparecen al proceso penal en calidad de víctimas tienen derecho a que, irremediamente, se emita una sentencia condenatoria, así ello implique la eliminación de los derechos del procesado. Ello negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia. Al respecto, en la decisión CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866 se hizo alusión a algunos ejemplos de armonización de los derechos de las víctimas y las garantías del procesado.”²⁹.

²⁹ SP2709-2018, Radicación No. 50637, Sentencia del 11 de julio de 2018, MP. Patricia Salazar Cuellar.

De esta forma, consideramos que la decisión del juzgador de primera instancia se ciñe a los postulados constitucionales y legales, en la medida que no es posible predicar el conocimiento necesario mas allá de toda duda razonable frente a su responsabilidad penal del enjuiciado frente al cargo objeto de acusación, pues se itera, la Fiscalía no cumplió con la carga procesal de presentar la prueba de cargo suficiente para corroborar los señalamientos de la víctima menor de edad.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia 122 del 26 de mayo de 2014, emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, Risaralda, por medio de la cual se absolvió al acusado Mauricio Botero Campuzano del cargo de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado (*artículo 210 y 211.5 del C.P.*), conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: LÍBRENSE las comunicaciones a las autoridades correspondientes.

TERCERO: Notificar esta providencia a las partes y demás intervinientes por el medio más expedito. Dichas comunicaciones se harán en la medida de lo posible, mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8º de la Ley 2213 de 2022. Contra la misma procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Firma electrónica)
JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado

(Firma electrónica)
MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

(Firma electrónica)
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado
(Firma electrónica)

(Firma electrónica)
WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Jorge Arturo Castaño Duque
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

Código de verificación: **9b609ad7e3090ca434e76ead9bb6032cf90c630f258c5b0e64f3fb30536c9530**

Documento generado en 07/12/2022 03:38:09 PM

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