

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA

Aprobado mediante acta #214

Pereira (Risaralda), dos (2) de marzo de Dos mil veintitrés (2.023).
Hora: 01:50 p.m.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO (a) "*Pacho Cojo*".
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Temas: Yerro en la apreciación del acervo probatorio y credibilidad del testimonio de la víctima. Requisitos para que en el fallo se pueda variar la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al procesado de los cargos enrostrados en su contra.

VISTOS:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto de manera oportuna por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida el veinte (20) de febrero de 2.020 por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira dentro del proceso que se le siguió al ciudadano JAVIER MONTOYA FRANCO, (a) "*Pacho Cojo*", quien fue acusado de incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado.

ANTECEDENTES:

Acorde con lo consignado en el libelo acusatorio, se tiene que los hechos que concitan la atención de la Colegiatura están relacionados con unos abusos sexuales perpetrados en contra de la joven "*C.L.B.P.*", de casi quince años de edad para ese entonces, quien padece de retraso mental moderado. Dichos eventos lujuriosos acaecieron entre los meses de junio a agosto del año 2.018 en

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

inmediaciones de la vereda “*el Guayabo*”, corregimiento de “*Combia*”, jurisdicción del municipio de Pereira.

Según se adujo en el escrito de acusación, para esas calendas en horas de la mañana la joven “*C.L.B.P.*” era transportada desde donde residía¹ hacia una institución educativa ubicada en la aludida vereda “*el Guayabo*, lo cual sucedía en un vehículo pilotado por el Sr. JAVIER MONTOYA FRANCO.

De igual manera en la acusación se aseveró que el Sr. JAVIER MONTOYA FRANCO, sacando provecho de la discapacidad cognitiva que aquejaba a la ofendida, en varias ocasiones, en horas de la mañana, condujo a la adolescente “*C.L.B.P.*” hacia una zona boscosa, ubicada en una finca denominada “*el Cortijo*”, en donde procedió a abusar sexualmente de ella al manosearle sus partes pudendas, y accederla carnalmente por la vagina con su asta viril.

Finalmente en el libelo acusatorio se dice que la menor “*C.L.B.P.*” quedó embarazada como consecuencia de los aludidos ayuntamientos carnales que sostuvo con el Sr. JAVIER MONTOYA FRANCO; pero que posteriormente a Ella, en un centro médico hospitalario, le fue practicado un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo (I.V.E.).

SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:

- 1) Las audiencias preliminares se llevaron a cabo ante el Juzgado 5º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, el 21 de septiembre de 2.018, mediante las cuales: a) Se legalizó la captura del entonces indiciado JAVIER MONTOYA FRANCO, la cual estuvo precedida de una orden; b) Al procesado se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado, tipificado en los artículos 210 y 211, # 2º y 6º, del C.P.; c) Al procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.

¹ Según lo acreditado en el proceso, la menor ofendida residía en una finca denominada como “*el Tesorito*”, ubicada en la vereda “*la Honda*”.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

- 2) Luego de presentado el escrito de acusación el conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual se llevaron a cabo las siguientes vistas públicas: a) La audiencia de formulación de la acusación se celebró el 21 de febrero de 2.019, en la cual la Fiscalía le endilgó cargos al procesado en términos similares a los consignados en la formulación de la imputación; b) La audiencia preparatoria tuvo lugar el 25 de junio de 2.019; c) La audiencia de juicio oral acaeció en sesiones celebradas los días 03; 18 y 19 de diciembre de 2.019.
- 3) En la sesión del juicio oral celebrada el 19 de diciembre de 2.019 se anunció el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio. Posteriormente el 20 de febrero de 2.020 se profirió la correspondiente sentencia condenatoria, en contra de la cual la Defensa se alzó de manera oportuna.

EL FALLO CONFUTADO:

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del veinte (20) de febrero de 2.020 por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado JAVIER MONTOYA FRANCO por incurrir en la comisión del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado al procesado JAVIER MONTOYA FRANCO, dicho ciudadano fue condenado a purgar una pena de 96 meses de prisión, sin derecho a que se le reconociera el goce de subrogados y substitutos penales por no cumplirse con los requisitos de ley.

Es de anotar que en el fallo opugnado el Juzgado de primer nivel decidió declarar la responsabilidad penal del procesado JAVIER MONTOYA FRANCO no incurrir en la comisión del delito por el cual fue acusado, o sea por el injusto de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, sino por el reato de acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

Las razones que incidieron para que el Juzgado *A quo* decidiera proceder de semejante manera, se debieron a que las pruebas debatidas en el juicio no lograban brindar el convencimiento de que el procesado haya accedido carnalmente a la ofendida ni que fuera la persona quien la embarazó.

Pero de igual manera, se debía tener en cuenta que con base en el testimonio de la agraviada se demostró que el procesado ejecutó sobre ella una serie de actos sexuales diferentes a los del acceso carnal, V.gr. el manoseo de la vagina y de los senos, lo que, acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (C.S.J.), hacía factible que en la sentencia se variaría la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación, y por ende válidamente el procesado podía ser declarado penalmente responsable por incurrir en la comisión de un delito diferente de aquel por el que fue convocado a juicio criminal.

Ahora, en lo que tenía que ver con las razones tenidas en cuenta por parte del Juzgado de primer nivel para declarar la responsabilidad penal del procesado, las mismas se cimentaron en la credibilidad que se le otorgó al testimonio absuelto por la ofendida “C.L.B.P.”, quien expuso que un sujeto que conducía un *jeep*, apodado como “*Pacho Cojo*”, había abusado sexualmente de ella cuando él la trasportaba hacia el colegio.

En sentir del Juzgado de primer nivel los dichos incriminatorios de la agraviada ameritaban ser catalogados como creíbles y confiables, porque se encontraban corroborados por varias de las pruebas habidas en el proceso.

Entre dichas pruebas descollaban:

- El testimonio de la Sra. MARTHA LILIANA BOTERO, con el que se demostró que el procesado JAVIER MONTOYA FRANCO residía en la vereda “*el Guayabo*” y conducía un *jeep* en el cual trasportaba a la ofendida hacia una escuela.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

De igual manera, las partes estipularon que el procesado piloteaba un vehículo tipo *jeep* de placas # VLA-160 de propiedad de la Sra. MAGNOLIA FRANCO.

- La ofendida en una diligencia de reconocimiento fotográfico identificó al procesado como la persona que había abusado sexualmente de ella.
- El testimonio de la siquiatria CAROLINA JARAMILLO TORO, el cual es claro en dar explicaciones sobre el comportamiento de la ofendida, quien, pese a la discapacidad cognoscitiva que la aquejaba, de todas maneras estaba en condiciones de referirse a algunos aspectos relacionados con lo sucedido en los que siempre señaló al ahora procesado como la persona que, cuando la traía del colegio en un *jeep*, la llevó hacia un potrero en donde abusó sexualmente de ella.
- Del contenido de las valoraciones psicológicas y sexológicas efectuadas por las peritos ADRIANA JANETH MENDOZA y CAROLINA JARAMILLO TORO, se tiene que los relatos que la menor ofreció a esas expertas, como a las demás personas que la estuvieron indagando sobre lo acontecido, han sido coherentes y constantes al señalar al procesado como la persona quien abusó sexualmente de ella.
- Las pruebas periciales que demuestran que la ofendida padece de un trastorno mental leve, y que en consecuencia no se encontraba en capacidad de decidir, o de consentir, o de resistir cualquier tipo de insinuaciones de tipo erótico-sexual.

Por otra parte el Juzgado de primer nivel, al afirmar que el procesado se encontraba en capacidad de poder ofender sexualmente a la agraviada, procedió a descalificar la tesis propuesta por la Defensa, quien, con base en unas planillas emitidas por la empresa de transporte a la cual se encontraba afiliado el vehículo de placas # VLA-160, pretendió demostrar que para la época en la que tuvo lugar la concepción, la que por dictamen sexológico se estableció que acaeció entre el 10 al 17 de agosto de 2.018, el aludido rodante, en horas del

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

mediodía, no hizo ningún tipo de viaje desde la vereda “*el Guayabo*” hacia la ciudad de Pereira.

Para poder llegar a la anterior conclusión, el Juzgado *A quo*, pese a tuvo como cierto lo consignado en las aludidas planillas, de igual manera adujo que tal situación no relevaba al procesado de haber sido la persona quien abusó sexualmente de la ofendida por cuanto:

- Del contenido de las planillas se avizoraba que en ciertos días hábiles de los meses de julio y agosto de 2.018 el vehículo de placas # VLA-160 no figuraba prestando servicios porque no le habían asignado rutas, como bien aconteció los días 10; 11; 16; 19; 30 y 31 de julio de 2.018.

Si a lo anterior se la adicionaba que el vehículo es de propiedad de la madre del encausado, tal situación era indicativa que para esas calendas el procesado podía disponer del vehículo cuando bien quisiera.

- Con el testimonio absuelto por la Sra. MARTHA LILIANA BOTERO se acreditó que el procesado residía en la vereda “*el Guayabo*”, y que sus hijas estudiaban en la misma escuela en la que también estudiaba la ofendida, a quien, como se sabe, transportaba hacia el colegio.

Tal situación le permitía al procesado tener un conocimiento de las horas en las que la agraviada salía del colegio, lo que le facilitaba para que pudiera acercársele en el vehículo que piloteaba para de esa forma poder llevársela hacia el sitio que tenía previsto para abusar sexualmente de ella.

LA ALZADA:

Las inconformidades expresadas por la recurrente se circunscribieron en aseverar que la Fiscalía, con las pruebas allegadas en el proceso, no pudo desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al procesado, y que por ende se profirió una sentencia condenatoria bajo

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

supuestos que no se encontraban probados ni demostrados en el proceso.

En ese orden, la apelante arguyó lo siguiente:

- La Fiscalía propuso como teoría del caso la consistente en que el procesado abusó sexualmente de la agraviada aprovechando el momento en el que él la transportaba hacia un establecimiento educativo ubicado en la vereda “*el Guayabo*”, y la única prueba con la cual se pretendió acreditar ese acontecer fue el testimonio absuelto por la ofendida “*C.L.B.P.*”.

Pero, en sentir de la recurrente, a dicha prueba testimonial no se le podía otorgar ningún tipo de credibilidad, porque la ofendida, sobre lo acontecido, vertió una narración que se podría catalogar como de inconclusa, como bien lo corroboraron las declaraciones y los dictámenes de las peritos ADRIANA JANETH MENDOZA y CAROLINA JARAMILLO TORO, quienes cuando valoraron a la víctima concluyeron que como consecuencia del retardo mental que la aquejaba, ello no le permitía hilar una oración concluyente.

- La Defensa demostró con las pruebas documentales allegadas al juicio que el procesado durante los meses de julio a agosto de 2.018 no transportó a la menor agraviada en las fechas en las que según la teoría propuesta por la Fiscalía ocurrieron los hechos, los cuales no datan del mes de mayo de esa anualidad.

Sin embargo, pese a que la Fiscalía no logró demostrar la ocurrencia de los hechos, el Juzgado de primer nivel, a fin de poder declarar la responsabilidad criminal del procesado, de manera errónea expuso que los actos sexuales abusivos pudieron ocurrir en el mes de mayo, calendas estas que nunca fueron señaladas por la Fiscalía en sus diversas intervenciones.

- En el proceso existían pruebas que demostraban que el procesado no era la única persona quien transportaba a la menor hacia el centro educativo, como de manera errada se afirma en la

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

sentencia, porque había otros vehículos que se movilizaban en esa ruta.

- El Juzgado de primer nivel expuso que el procesado pudo haber cometido el delito en un horario diferente al del horario escolar, pero tal tesis se fundamentó en supuestos no probados en el proceso, porque si hubiera tenido en cuenta el testimonio absuelto por la Sra. MARTHA LILIANA BOTERO, seguramente que el Juzgado *A quo* se habría dado cuenta que la tía de la ofendida expuso que la agraviada no era la única pasajera que era transportada en el *jeep* que se encontraba de turno, y que cuando ella, a eso de las 12:00 horas, regresaba del colegio lo hacía en compañía de varios pasajeros.

Acorde con lo anterior, la recurrente deprecó por la revocatoria del fallo opugnado, y en consecuencia, al no satisfacerse con los requisitos para proferir una sentencia condenatoria, el procesado JAVIER MONTOYA FRANCO debería ser absuelto de los cargos por los cuales fue acusado.

LAS RÉPLICAS:

Al intervenir como no recurrente, la apoderada de las víctimas se opuso a las pretensiones de la apelante, y por ende deprecó por la confirmación del fallo confutado, ya que el Juzgado de primer nivel procedió de manera correcta cuando decidió declarar la responsabilidad criminal del procesado por un delito diferente de aquel por el cual fue acusado, con lo que no se vulneró el debido proceso ni el derecho de defensa porque: a) La Defensa no fue sorprendida, ya que tuvo la oportunidad de controvertir en el juicio el tema relacionado con los *tocamientos* libidinosos a los que fue sometida la agraviada por parte del procesado; b) La variación de la calificación jurídica tuvo correspondencia con los hechos delimitados en el libelo acusatorio, en los cuales se indicó que el procesado además de acceder carnalmente a la ofendida, de igual manera efectuó con ella unos *tocamientos* de índole erótico-sexual.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al procesado de los cargos enrostrados en su contra.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizora la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

- Problemas Jurídicos:

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte de la apelante, y de lo replicado por los no recurrentes, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

- 1) ¿Incurrió el Juzgado de primer nivel en yerros al momento de la apreciación del acervo probatorio que le impidieron darse cuenta que las pruebas allegadas al proceso no satisfacían con los requisitos exigidos por parte del artículo 381 C.P.P. para que en contra del procesado JAVIER MONTOYA FRANCO se pudiera proferir una sentencia condenatoria?
- 2) ¿Se cumplían con todos los presupuestos jurisprudenciales necesarios para que el Juzgado de primer nivel pudiera declarar la responsabilidad criminal del procesado JAVIER MONTOYA FRANCO por un delito diferente de aquel por el cual fue llamado a juicio?

- Solución:

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

1. Los yerros de valoración probatoria:

Mediante el presente cargo la Defensa en la alzada denunció la ocurrencia de una serie de errores de apreciación probatoria en los que — en su sentir — incurrió el Juzgado de primer nivel en el fallo confutado, ya que con las pruebas debatidas en el proceso no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al procesado JAVIER MONTOYA FRANCO, quien, en consecuencia, fue declarado penalmente responsable bajo supuestos que desde el ámbito probatorio no se encontraban probados ni demostrados en el proceso.

A fin de determinar sí en efecto el Juzgado de primer nivel incurrió o no en los yerros de valoración probatoria denunciados por la apelante, la Sala tendrá como hechos ciertos, por encontrarse plenamente acreditados en la actuación procesal, los siguientes:

- No existe duda alguna que cuando ocurrieron los hechos — los cuales según lo plasmado en el libelo acusatorio acaecieron entre los meses de junio a agosto del año 2.018 — la menor ofendida tenía unos 14 años y 07 meses de edad, si tenemos en cuenta que la agraviada nació el 14 de diciembre de 2.003, como bien se desprende de lo consignado en el certificado de registro civil de nacimiento que válidamente se allegó al proceso.
- Pericial y documentalmente se encuentra comprobado que la adolescente “C.L.B.P.” padece de un retardo mental leve-moderado con hipersexualidad asociada a ese retraso mental.

Como consecuencia de esa patología, la Dra. CAROLINA JARAMILLO TORO, en su calidad de perito del área de psiquiatría y de psicología del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF), dictaminó que la joven “C.L.B.P.” detenta una inmadurez psicológica, la cual no le permite comprender de forma adecuada la realidad externa, y por ende no se encuentra en capacidad de conocer, decidir, resistir ni consentir sobre temas de tipo erótico-sexuales, ni respecto de propuestas que se la hagan sobre esos tópicos.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

De igual forma, la perito de marras también dictaminó que frente a la lógica y la coherencia del relato brindado por la menor ofendida, pese a su inconsistencia y pobreza ideológica-verbal, de igual manera tenía elementos para que pudiera ser considerado como coherente externamente, pero no en lo que tenía que ver con la coherencia interna dada su condición de base de inmadurez psicológica.

- Según el testimonio de la Dra. ADRIANA JANETH MENDOZA JIMÉNEZ, quien valoró sexológicamente a la menor “C.L.B.P.”, se tiene por establecido que la ofendida presentaba un desgarramiento antiguo a nivel del himen; e igualmente, en lo que tenía que ver con su embarazo, se podía establecer que la fecha probable en la que tuvo lugar la concepción sería aquella comprendida entre el periodo del 10 hasta al 17 de agosto de 2018.
- Del contenido de la historia clínica del hospital san Jorge, se tiene que la menor “C.L.B.P.” estuvo embarazada, y que para las calendas del 22 de septiembre de 2018 le fue practicado un procedimiento de “I.V.E.”.
- Acorde con las conclusiones consignadas en un informe pericial de genética forense adiado el 14 de enero de 2019, se tiene que como quiera que no se logró obtener un perfil genético, no fue posible realizar un cotejo entre las muestras tomadas al ahora procesado JAVIER MONTOYA FRANCO con los restos ovulares tomados a la ofendida “C.L.B.P.”.
- Las partes estipularon que el procesado JAVIER MONTOYA FRANCO de manera voluntaria decidió que le tomaran las muestras biológicas del caso, para que con base en ellas se llevara a cabo un peritazgo de genética forense.
- La menor “C.L.B.P.” fue objeto de un procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos en una Defensoría de Familia, el cual culminó mediante Resolución # 166 del 10 de noviembre de 2017.

Dicho proceso administrativo tuvo su génesis en unos manoseos, de tipo erótico-sexual, a los que la joven “C.L.B.P.” fue sometida,

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

en el mes de junio del 2.017, por parte de un adulto que residía en el mismo sector en donde ella estaba domiciliada.

- Se encuentra demostrado que el procesado JAVIER MONTOYA FRANCO se desempeñaba como conductor de un vehículo, tipo *jeep*, de placas # VLA-160, el cual está afiliado a la empresa Líneas Pereiranas S.A. “LIPSA” con el numero interno 31.

De igual manera, según certificaciones expedidas por la empresa “LIPSA”, dicho rodante: a) Cubría la ruta: Vereda Estación Pereira — Vereda la Argentina — Vereda el Guayabo; b) No prestó servicio de transporte hacia las veredas los días: 24, 30 y 31 de julio de 2.018; así como los días 1º, 2º y 04 de agosto de esa misma anualidad.

- Está demostrado que para la fecha de los hechos la menor “C.L.B.P.” estudiaba en una institución educativa ubicada en la vereda “*el Guayabo*”, y que para transportarse a la sede de esa escuela utilizaba los servicios prestados por los camperos afiliados a la empresa “LIPSA”.

Estando en claro cuáles son los hechos que a juicio de la Colegiatura se encuentran plenamente acreditados en la actuación procesal, el tópico que ahora a la Sala le correspondería precisar, acorde con la tesis de la inconformidad planteada por la Defensa en la alzada, es el relacionado con establecer sí en efecto el Juzgado de primer nivel incurrió o no en yerros en la apreciación de las pruebas que sirvieron de sustento para predicar la responsabilidad penal del procesado JAVIER MONTOYA FRANCO por incurrir en la comisión del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

En tal sentido, observa la Sala que el juicio de responsabilidad criminal que en el fallo opugnado se pregonó en contra del procesado JAVIER MONTOYA FRANCO tuvo como el principal de sus cimientos la total y la absoluta credibilidad que se le concedió al testimonio rendido por la ofendida “C.L.B.P.” respecto de los señalamientos que la testigo efectuó en contra del encausado MONTOYA FRANCO como la persona quien se aprovechó de la discapacidad que la aquejaba para

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

de esa forma poder saciar sobre ella su concupiscencia al manosearle sus partes pudendas.

Ahora bien, como quiera que uno de los ejes centrales en los que gira la tesis de la inconformidad planteada por la apelante es el relacionado con cuestionar el grado de credibilidad que merecía lo atestado por la ofendida "C.L.B.P.", la Sala, a fin de determinar si en efecto los dichos de la víctima ameritaban o no el absoluto grado de credibilidad que se le otorgó en el fallo opugnado, procederá a efectuar un análisis de lo que la agraviada declaró en el juicio, lo cual posteriormente será confrontado con el resto del acervo probatorio.

Así tenemos que del contenido del testimonio parco y escueto absuelto por la ofendida "C.L.B.P." se puede extraer lo siguiente:

- Los hechos sucedieron cuando ella venia del colegio en un vehículo piloteado por un sujeto a quien ella conoce con el remoque de "Pacho Cojo".
- En dicho rodante viajaban dos personas más, quienes se apearon del mismo antes de llegar a un cafetal.
- "Pacho Cojo", en dos ocasiones diversas, abusó sexualmente de ella en el cafetal. En dicho sitio ese fulano le manoseó los senos y le bajó los pantalones², y luego le ofreció una suma de dinero para que guardara silencio.
- De lo acontecido se enteró una señora, respecto de la cual guardó mutismo. Asimismo adujo que todo ello se lo contó a su tía y a sus abuelos.
- En el contrainterrogatorio no pudo precisar quien era ese fulano al que ella llamo como el tal "Pacho Cojo".

Al efectuar un análisis del contenido de lo declarado por la ofendida "C.L.B.P.", acorde con lo reglado en el artículo 404 del C.P.P. la Sala

² Es de anotar que la testigo guardó un rotundo silencio sobre lo que sucedió después que le bajaron los pantalones.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

válidamente puede colegir que se está en presencia de una testigo poco confiable, ya que existen plausibles razones que conspirarían en contra de la credibilidad que ameritarían sus dichos.

Lo anterior lo decimos con base en los siguientes argumentos:

- La testigo hizo una narración parca y poco fluida en la que prácticamente no logró ofrecer ningún tipo de detalles de lo acontecido en el cafetal en donde, según su decir, fue abusada sexualmente por un tal *“Pacho Cojo”*.
- Su relato no es claro ni categórico en precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de todo lo ocurrido con el sujeto que responde por el apodo de *“Pacho Cojo”*, pues de lo narrado por la ofendida se nota que ella no se ubica en el tiempo ni en el espacio, ya que no se logra saber en qué fechas ni a qué horas aconteció el abuso sexual, así como no se precisó el sitio en donde ello ocurrió, ni como acaeció semejante atropello.
- Es parca en ofrecer detalles que permitan precisar sí el sujeto conocido por ella como *“Pacho Cojo”* es el mismo procesado JAVIER MONTOYA FRANCO, o si se trata de un fulano diferente.

Para la Sala tales falencias que aquejarían la credibilidad del testimonio absuelto por la agraviada *“C.L.B.P.”* son producto de la inmadurez psicológica generada por el retardo mental que Ella padece, lo cual, como bien lo hizo saber la perito DIANA CAROLINA JARAMILLO TORO, ha hecho mella en la coherencia interna de su relato.

Al encontrarse aquejada la coherencia interna del relato vertido por la ofendida, ello de igual manera conspiraría de manera negativa en contra del grado de credibilidad que ameritarían sus dichos, sí se tiene en cuenta que el juicio de coherencia interna se obtiene a partir de un relato fluido, hilado e hilvanado, sin que de su contenido se avizoren

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

graves contradicciones e inconsistencias que tornen en inverosímil la declaración³.

Por lo tanto, al estar en presencia de un testimonio que se podría catalogar como poco confiable en su credibilidad ante lo parco, poco fluido, incircunstanciado y deshilvanado del relato ofrecido por la testigo, tal situación incidiría para que la Sala en un principio válidamente puede colegir que con un testimonio único de semejantes ribetes no pueda ser factible el poder llegar a ese grado absoluto de conocimiento o de convicción requerido por parte del artículo 381 C.P.P. para proferir una sentencia condenatoria, y por ende al ponderar un testimonio de esas características con la presunción de inocencia que le asiste al procesado, la consecuencia es que el fiel de la balanza deba inclinarse en favor de los intereses del procesado.

Pese a lo antes expuesto, lo que en momento quiere decir que la Colegiatura esté propendiendo por revivir el abrogado apotegma del "*testis unus, testis nullus*"⁴, el cual se encontraba vigente en aquellas épocas en las que imperaba el sistema de la tarifa probatoria, es deber de la Colegiatura el confrontar y cotejar lo parca y escuetamente atestado por la ofendida con el resto de las pruebas habidas en el proceso, a fin de determinar sí «*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...*»⁵.

En ese orden, observa la Sala que a ninguno de los testigos que declararon en el juicio les consta nada de lo acontecido entre la ofendida y el tal "*Pacho Cojo*", lo cual es algo propio de los delitos que amparan el interés jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, los cuales han sido denominados por la criminología como «*delitos de alcoba*»,

³ Lo que no sucede con la llamada coherencia externa, la cual está relacionada con la existencia de datos objetivos que apalanquen la verosimilitud del relato.

⁴ Un solo testigo, es un testigo nulo.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 17 de febrero de 2021. SP401-2021. Rad. # 55833.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

debido a que estos reatos tienen como característica esencial la consistente en que en muchas ocasiones el testimonio de la víctima es la única prueba de cargo habida en contra del acriminado, lo cual se debe a que el perpetrador, en la gran mayoría de los casos, para saciar su libido, con ventaja y sobre seguro, y bajo el cobijo de un relativo manto de impunidad, alevosamente saca provecho de la intimidad en la que se desarrollan tales eventos lujuriosos, así como de la ausencia de miradas indiscretas, o de la vulnerabilidad o la excesiva confianza que le depositan las víctimas.

Decimos que las pruebas habidas en el proceso no corroboran el aspecto basilar de lo declarado por la agraviada respecto del abuso sexual del cual fue víctima, por lo siguiente:

- Lo declarado por las Sras. MARTHA LILIANA BOTERO MORALES y LUZ ADRIANA MONTOYA BOTERO, se debe considerar como un típico testimonio de oídas, porque dichas testigos lo único que hicieron fue replicar lo que a ellas les contó la ofendida sobre lo acontecido con el tal "*Pacho Cojo*".

Es de anotar que las testigos son coincidentes en aseverar que cuando se percataron que la joven "*C.L.B.P.*" tuvo un retraso en su periodo menstrual, entraron en sospechas, y por ello decidieron practicarle una prueba de embarazo, la cual arrojó resultados positivos.

Ante tal situación, la Sra. MARTHA LILIANA BOTERO MORALES procedió a interrogar a su sobrina, y al indagarle respecto si ella había yacido carnalmente con alguien, ahí fue cuando "*C.L.B.P.*" sacó a relucir el nombre del tal "*Pacho Cojo*", a quien señaló de ser uno de los conductores de los vehículos que la trasportaban hacia el colegio.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

Es de resaltar que según lo averado por la Sra. MARTHA LILIANA BOTERO MORALES, se tiene que ese tal "*Pacho Cojo*" es el mismo procesado JAVIER MONTOYA FRANCO, a quien conoce como vecino de la vereda "*el Guayabo*", y porque conduce un *jeep* en el que su sobrina se transportaba hacia el colegio; a lo que se le debe sumar que las hijas de MONTOYA FRANCO también estudiaban en el mismo centro educativo en la primaria, mientras que "*C.L.B.P.*" lo hacía en el bachillerato.

Pero para la Sala lo dicho en semejantes términos por la testigo es algo que se queda en el plano de las especulaciones y de las sospechas, porque en momento alguno ofreció razones plausibles para considerar que el procesado JAVIER MONTOYA FRANCO y él tal "*Pacho Cojo*", se trataban de las mismas personas; máxime cuando las personas que se llaman JAVIER no son conocidas con el apodo de "*PACHO*", el cual corresponde a aquellos que responden por el nombre de FRANCISCO. A lo que se le debe sumar que la Fiscalía no adelantó ningún tipo de actividad investigativa tendiente a establecer sí efectivamente en la comunidad en la que reside el procesado, por cualquier motivo, V.gr. por un defecto físico de él o de algún pariente cercano, o por simple y mera *mamadera de gallo*, él era conocido con el remoque de "*Pacho Cojo*".

- Las peritos ADRIANA JANETH MENDOZA JIMÉNEZ y DIANA CAROLINA JARAMILLO TORO, quienes además de exponer sobre las razones que sirvieron de fundamento para expresar su opinión experta, lo que obviamente debe ser apreciado como prueba directa, de igual manera en sus sendos testimonios también hicieron alusión de lo que la menor "*C.L.B.P.*" les contó sobre el evento lujurioso acontecido con la persona que abusó sexualmente de ella, o sea el tal "*Pacho Cojo*".

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

Para la Sala lo adverbado por las peritos sobre lo que a ellas les contó la menor ofendida debe ser valorado probatoriamente como una prueba de referencia, en la modalidad del testimonio de oídas, ya que no se puede desconocer que lo único que en verdad hicieron las peritos es allegar al proceso una información factual respecto de la cual no les consta nada, de la que solamente se vinieron a enterar por obra y gracia de lo que a ellas les dijo la agraviada cuando, acorde con los protocolos del caso requeridos para la elaboración de un informe pericial, procedieron a interrogarla sobre lo sucedido.

Es preciso anotar que la apreciación probatoria que la Sala ha efectuado de los testimonios absueltos por las peritos ADRIANA JANETH MENDOZA JIMÉNEZ y DIANA CAROLINA JARAMILLO TORO encuentra eco en los criterios jurisprudenciales trazados por la Corte Suprema para valorar lo consignado en las anamnesis de los informes periciales.

En tal sentido la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

“La Sala ha venido insistiendo en precisar, (i) que los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii) que si la parte pretende utilizar estos relatos para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia.

(:::)

En síntesis, el fallo, como lo sostiene el casacionista, terminó fundamentándose exclusivamente en los relatos

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

entregados por la menor en la denuncia y en la anamnesis del examen sexológico, es decir, en declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, con manifiesto desconocimiento del contenido del inciso segundo del artículo 381 del estatuto procesal penal (Ley 906 de 2004), que limita la eficacia probatoria de este medio de convicción, al disponer que la sentencia condenatoria no puede sustentarse únicamente en prueba de referencia...”⁶.

- En el proceso se encuentran los testimonios de los peritos SUSANA SUAREZ TAPASCO y DARWIN ALEXANDER ALFARO, quienes respectivamente elaboraron un álbum fotográfico y un bosquejo topográfico del sitio en el que, según versión de la víctima, ocurrieron los hechos, el cual se trata de un cafetal ubicado en una finca conocida como “*el Cortijo*”.

Es de anotar que al apreciar lo atestado por los peritos, la Sala encuentra una especie de hibridación, porque además de estar en presencia de una prueba directa, por cuanto es un hecho cierto e indiscutible el consistente en que los peritos estuvieron inspeccionando los predios de la finca conocida como “*el Cortijo*”; de igual manera no se puede desconocer que los peritos también allegaron al proceso una información de referencia que de la cual a ellos no les constaba para nada, y de la que solamente se enteraron por lo que a ellos les contó la ofendida sobre que fue abusada sexualmente en los predios del aludido fundo rural.

De igual manera, la Sala no puede pasar por alto que en momento alguno la ofendida, cuando declaró en el juicio, fue interrogada sobre el contenido del álbum fotográfico y del bosquejo topográfico elaborado por los peritos SUSANA SUAREZ TAPASCO y DARWIN ALEXANDER ALFARO en los

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 26 de septiembre de 2018. SP4179-2018. Rad. # 47789.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

predios de la finca conocida como "*el Cortijo*"; lo cual para la Sala se tornaba en algo esencial e indispensable a fin que la agraviada corroborara lo acaecido en esa diligencia de inspección que fue practicada en el sitio en donde, en sentir de la perjudicada, ocurrieron los hechos.

De todo lo expuesto en los párrafos precedentes, la Sala válidamente puede colegir que en el proceso no hay pruebas de ningún tipo que abonen o apalanquen lo parca y escuetamente declarado por la ofendida "*C.L.B.P.*", porque lo único que existe en la actuación procesal es un cúmulo de pruebas de referencia y de pruebas testimoniales de oídas, las que de contera tienen su fuente en la información que la agraviada le brindó a aquellas personas que posteriormente declararon en el juicio en calidad de testigos y de peritos.

Para la Sala, como ya se dijo, con tal caudal probatorio se tornaba en un imposible el poder desvirtuar la presunción de inocencia que desde siempre ha acompañado al proceso, la cual fue desconocida en el fallo opugnado.

Ahora bien, en contra de las anteriores conclusiones a las que ha llegado la Sala en el presente asunto, quizás se pueda decir que en el proceso existen pruebas de naturaleza directa e indirecta que corroborarían las incriminaciones que la ofendida ha efectuado en contra del procesado JAVIER MONTOYA FRANCO como la persona que abusó sexualmente de ella, y que por ende era factible que en contra del procesado se pudiera proferir una sentencia condenatoria.

Entre dichas pruebas se encuentran: a) El reconocimiento fotográfico que la ofendida efectuó del procesado; b) Un indicio de responsabilidad criminal que se inferiría de lo declarado por las Sra. MARTHA LILIANA BOTERO MORALES y LUZ ADRIANA MONTOYA BOTERO, respecto a que el

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

procesado era la persona quien se encargaba de transportar a la ofendida hacia el colegio.

Frente a lo anterior, la Sala dirá lo siguiente:

- El contenido de la diligencia de reconocimiento fotográfico es algo que no le aporta nada positivo ni negativo al proceso, sí tenemos en cuenta que la ofendida ya conocía de vieja data al procesado por ser este una de las personas que la transportaban hacia el colegio, y por ende era algo de esperarse que ella, pese a las patologías que la aquejan, procedería a identificarlo, como en efecto aconteció en la aludida diligencia de reconocimiento fotográfico.
- No es factible estructurar un indicio de responsabilidad criminal en contra de procesado, por el simple y mero hecho de ser la persona que transportaba a la ofendida hacia el colegio, porque de un análisis del contenido de lo declarado por las Sras. MARTHA LILIANA BOTERO MORALES y LUZ ADRIANA MONTOYA BOTERO, en consonancia con la información consignada en los documentos expedidos por la empresa "LIPSA", se extrae que el vehículo piloteado por el procesado no era el único que de manera exclusiva cubría esa ruta interveredal, porque existían otros vehículos, conducidos por otras personas, los que acorde con un sistema de turnos prestaban el mismo servicio.

A lo anterior, se le debe sumar que la ofendida en el testimonio que absolvió en el juicio en momento alguno fue clara ni categórica en precisar sí el procesado JAVIER MONTOYA FRANCO era la misma persona que ella señaló como el tal "Pacho Cojo" que había abusado sexualmente de ella.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

Por lo que se tornaba como factible que ese tal "*Pacho Cojo*" pudiera tratarse de cualquiera de las personas que piloteaban los vehículos que prestaban el servicio de transporte interveredal, y que el señalamiento hecho en contra del procesado se debió al conocimiento que se tenía de él como vecino de la vereda, y por la coincidencia de tratarse de unas de las personas que la trasportaba hacia la escuela.

- No se puede desconocer que a favor del procesado JAVIER MONTOYA FRANCO existe un contraindicio de inocencia que gravitaría en su favor, el cual se infiere como consecuencia de los medios de conocimiento que demuestran que él accedió de manera voluntaria para que le tomaran las muestras biológicas del caso, para que con base en ellas se llevara a cabo una pericia de genética forense.

Es de resaltar que esa actitud asumida por el procesado podría ser indicativa de no haber sido la persona quien abusó sexualmente de la menor ofendida, porque, acorde con las reglas de la experiencia, generalmente no se espera que un culpable haga lo que hizo el encausado sí tiene en cuenta que es de público y de notorio conocimiento todo aquello relacionado con la absoluta certeza que arrojan los resultados que son propios de esas pruebas de genética forense; lo que nos quiere decir que quien haya cometido un delito de semejante naturaleza no será lo suficientemente tonto como para que su maldad quede expuesta al aventurarse a someterse de manera voluntaria a ese tipo de pruebas periciales.

En suma, de todo lo antes expuesto se puede colegir que en el presente asunto nos encontramos en presencia de un testimonio único el que a modo de una ínsula se encuentra rodeado de un mar plagada de orfandad probatoria. A lo que se le debe sumar que como consecuencia de las

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

características negativas que aquejan todo lo narrado por la ofendida en su calidad de testigo, por cuando no se puede negar que se está en presencia de un relato parco, poco fluido, incircunstanciado y deshilvanado, todo ello incidía para que existieran plausibles razones para desconfiar de la credibilidad de sus dichos.

Ante tan semejante situación de incertidumbre probatoria que plagaba el proceso, considera la Sala que con los medios de conocimiento habidos proceso no era factible poder llegar a ese absoluto grado de conocimiento requerido por el artículo 381 del C.P.P. para que se pudiera pregonar el compromiso penal endilgado en contra del procesado JAVIER MONTOYA FRANCO como la persona quien abusó sexualmente de la joven "C.L.B.P."

En ese orden de ideas, la Sala considera, como consecuencia de ese mar de dudas razonable habido en el proceso, que el procesado JAVIER MONTOYA FRANCO debió hacerse merecedor de los postulados que orientan al principio del *in dubio pro reo* consagrado en el inciso 2º del artículo 7º del C.P.P. lo que hacía imposible que pudiera ser declarado penalmente responsable.

2. La variación de la calificación jurídica.

La Sala no puede desconocer que en el fallo opugnado el procesado JAVIER MONTOYA FRANCO fue declarado penalmente responsable por incurrir en la comisión de un delito diferente de aquel por el cual fue llamado a juicio criminal, ya que mientras que en el pliego de cargos fue acusado de incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado, a su vez vemos que la realidad procesal nos enseña que en el fallo opugnado el procesado de marras fue condenado por el reato de acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

Es de anotar que en un principio se podría decir que lo acontecido en momento alguno implicó una vulneración del principio de la congruencia, según el cual *«debe existir consonancia personal, fáctica y jurídica entre la resolución de acusación y los fallos que pongan fin al trámite, de suerte que el individuo procesado conozca con precisión los hechos y delitos por los que se le investiga y pueda entonces ejercer adecuada y cabalmente su defensa...»*⁷; porque acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la C.S.J. sobre la congruencia laxa o flexible, es factible que en la sentencia se pueda declarar la responsabilidad criminal del procesado por un delito diverso de aquel por el cual fue llamado a juicio⁸, siempre y cuando se cumplan con los requisitos consistentes en que: *«i) la nueva imputación corresponda a una conducta del mismo género y con este se favorezca los intereses del procesado; (ii) la modificación se oriente hacia un injusto de menor entidad; (iii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación –requisito que, como se viera, es de carácter absoluto–; y, (iv) no se afecten los derechos de los intervinientes...»*⁹.

Pero, pese a lo antes dicho, la Sala considera que en el presente asunto no se satisfacían en su totalidad con los requisitos jurisprudenciales requeridos para que pudiera ser factible que en el fallo se declarara la responsabilidad criminal del procesado por un delito diferente de aquel por el cual fue llamado a juicio, y por ende, en sentir de la Colegiatura, sí se incurrió en una vulneración del principio de la congruencia.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 09 de marzo de 2.022. SP682-2022. Rad. # 59.741.

⁸ En tal sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes decisiones proferidas por la Sala de Casación Penal de la C.S.J.: La sentencia del 03 de mayo de 2017. Rad. # 30716. SP6019-2017; La sentencia del 07 de febrero de 2018. SP107-2018. Rad. # 49799; y la sentencia del 22 de agosto de 2.18. SP3580-2018. Rad. # 46227.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 13 de noviembre de 2019. SP4930-2019. Rad. # 52370.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

Para demostrar la anterior hipótesis es menester que se tenga en cuenta que la acusación se edificó con base en las siguientes premisas fácticas:

- El procesado era la persona encargada de transportar a la ofendida hacia la institución educativa en donde ella estudiaba.
- El encausado, a fin de satisfacer su libido, procedió a sacar provecho de la inmadurez psicológica que aquejaba a la ofendida, razón por la que en varias ocasiones, en horas de la mañana, la condujo hacia el interior de una manigua habida un cafetal, en donde la accedió carnalmente por la vagina.
- Tales eventos lujuriosos acaecieron en el devenir de los meses de junio a agosto del año 2.018 cuando el procesado conducía a la ofendida hacia el colegio en horas de la mañana.
- La ofendida quedó embarazada como consecuencia de los ayuntamientos carnales a los que fue sometida por parte del procesado.

Pero si se analiza el contenido del fallo opugnando, de bulto cualquiera persona desprevenida se dará cuenta que tales premisas factuales fueron desconocidas en dicha sentencia, porque:

- El juicio de responsabilidad criminal se edificó con base en unos hechos lujuriosos que al parecer acontecieron en horas del mediodía cuando el procesado traía del colegio a la ofendida hacia su residencia.
- La responsabilidad criminal del procesado se cimentó en el hecho de haber sometido a la víctima a prácticas eróticas-

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

sexuales diferentes de las del acceso carnal, tales como el manoseo de los senos y de la región vaginal.

Tal situación nos hace colegir que pese a que el procesado fue declarado penalmente responsable por incurrir en la comisión de un delito que desde el ámbito de la punibilidad era mucho más beneficioso para sus intereses, de todas maneras se tiene que el fallo confutado no fue respetuoso del núcleo fáctico de la acusación, y por ende prácticamente se puede decir que el encausado fue declarado penalmente responsable por incurrir en la comisión de unos hechos diversos de aquellos por los que fue llamado a juicio.

Lo anterior lo dice la Sala con base en los siguientes argumentos:

- Del contenido de la acusación se desprende que el procesado al parecer actuó dentro de un contexto unitario de acción con un propósito único: acceder carnalmente a la agraviada, por lo que los actos lujuriosos perpetrados de manera previa por parte del procesado, V.gr. el manoseo de los senos y de la vagina, se encontraban inescindiblemente ligados a los fines que el perpetrador perseguía obtener: accederla carnalmente, constituyéndose entre ellos una especie de acción única.

Tal situación nos hace colegir que mal hizo el Juzgado de primer nivel al escindir los actos previos de los finales, para de esa poder pregonar la responsabilidad criminal del procesado por incurrir en la comisión del delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, lo cual, se reitera, implicaría un desconocimiento de la tesis con la que cabalgó la Fiscalía en la acusación, según la cual todo ocurrió dentro de un mismo y único contexto cronológico de unidad de acción, en cuya virtud los supuestos manoseos lujuriosos que el procesado le efectuó a la

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

víctima y el fin o propósito lascivo que se pretendía obtener con ellos hacían parte de una misma conducta, como consecuencia de la inescindible relación de medio a fin habida entre ambos.

- No existe duda alguna que se está en presencia de dos contextos factuales completamente diferentes, porque mientras que la acusación se cimentó en la hipótesis consistente en que los hechos lujuriosos ocurrieron en horas de la mañana cuando el procesado trasladaba a la ofendida hacia el colegio; vemos que en la sentencia opugnada se adujo que esos hechos concupiscentes ocurrieron fue en horas del mediodía, a partir del momento en el que el procesado llevaba a la agraviada desde el colegio hacia su domicilio.

Acorde con lo anterior, para la Sala no existe duda que en el proceso no se satisfacían con el principal de los requisitos requerido por la jurisprudencia de la C.S.J. para que el Juzgador de instancia de manera valida en la sentencia pudiera declarar la responsabilidad criminal del procesado por un delito diferente de aquel por el cual fue llamado a juicio: **«El respeto del núcleo fáctico de la acusación»**.

Tal situación nos estaría indicando que el fallo opugnado no ha sido respetuoso del principio de la congruencia, y que con lo acontecido se han socavado las bases estructurales del debido proceso, lo que ameritaría la declaratoria de nulidad de la actuación procesal por violación del debido proceso.

Pero tal medida de anular el proceso no se puede aplicar al caso en estudio, porque, como bien lo demostró la Sala en acápite anterior, el Juzgado de primer nivel incurrió en yerros en la apreciación del acervo probatorio, que le impidieron darse cuenta que en el proceso campeaba una serie de dudas

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

que debieron haber sido capitalizadas en favor del procesado, como bien lo ordena el principio del *in dubio pro reo*.

Ante tal situación, vemos que de presentarse una tensión entre la declaratoria de nulidad y la absolución del procesado, esta última debe de prevalecer, como bien lo ha reconocido de vieja data la Corte en los siguientes términos:

“La Corte se ha orientado por sostener que de llegarse a presentar tensión entre las alternativas de declarar la ineficacia de lo actuado a consecuencia de encontrar acreditada la configuración de vicios de estructura o de garantía que afectan exclusivamente al procesado, y la de excluirlo de responsabilidad penal, en sede extraordinaria debe resolverse a favor de la opción que le reporte mayor significación sustancial, que no es otra que la del derecho a la absolución por los cargos que le fueron formulados, como finalidad superior perseguida por la garantía fundamental de defensa técnica y material...”¹⁰.

En ese orden de ideas, la Sala priorizará la absolución del procesado sobre la declaratoria de nulidad de la actuación procesal.

- Conclusiones:

De todo lo expuesto a lo largo y ancho del presente proveído, la Sala tiene como conclusiones las siguientes:

- Se encuentra demostrada la ocurrencia de los hechos, los cuales tienen que ver con un abuso sexual al que fue victimizada una adolescente que padece de una discapacidad cognitiva, de la cual el perpetrador se aprovechó para saciar su libido, que aquejaba el que ella pudiera ejercer de manera libre y voluntaria el derecho a la libertad sexual.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 de octubre de 2.013. Rad. # 32983.

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al procesado de los cargos enrostrados en su contra.

- En el fallo confutado se desconoció el debido proceso, ya que fue conculcado el principio de la congruencia en atención a que no se satisfacía con el principal de los requisitos requeridos por la jurisprudencia de la C.S.J. para que el Juzgador de instancia pudiera en la sentencia declarar la responsabilidad criminal del procesado por un delito diferente de aquel por el cual fue llamado a juicio.
- Se incurrieron en yerros en la valoración del acervo probatorio, ya que se desconocieron la existencia de muchas dudas racionales que manaban de las pruebas de cargo, y que tales dudas debieron haber sido capitalizadas en favor del procesado, tal como lo ordena el principio del *in dubio pro reo*.

En ese orden, considera la Sala que le asiste la razón a la tesis de la inconformidad formulada por la recurrente, y por ende el fallo opugnado ha de ser revocado, para en su lugar absolver al procesado JAVIER MONTOYA FRANCO de los cargos por los cuales fue declarado penalmente responsable.

Como corolario de lo anterior, se ordenará la inmediata libertad del procesado JAVIER MONTOYA FRANCO, de quien se sabe que en la actualidad se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario. Pero es de resaltar que la libertad del procesado se encontrara condicionada a que en su contra no existan ordenes privativas de la misma expedidas por las autoridades competentes.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en las calendas del veinte (20) de febrero de 2.020 por parte del Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado JAVIER MONTOYA FRANCO, (a) “Pacho Cojo”, por incurrir en la comisión del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, para en su lugar **ABSOLVER** al procesado JAVIER MONTOYA FRANCO de los cargos por los cuales fue declarado penalmente responsable en el fallo de 1ª instancia.

SEGUNDO: ORDENAR la inmediata libertad del procesado JAVIER MONTOYA FRANCO, salvo que el procesado se encuentre privado de la misma por cualquier tipo de órdenes que hayan sido expedidas por las autoridades competentes.

TERCERO: ORDENAR que por Secretaría se proceda a notificar a las partes y demás intervinientes del contenido de esta providencia mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022 que avala ese tipo de notificaciones.

CUARTO: DECLARAR que en contra de la presente sentencia de 2ª Instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado por los legitimados dentro de las oportunidades de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

CON FIRMA ELECTRÓNICA

CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA

Magistrado

CON FIRMA ELECTRÓNICA

Procesado: JAVIER MONTOYA FRANCO.
Delito: Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
Radicación # 66-001-60-00035-2018-02976-01.
Procede: Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la
Defensa en contra de sentencia condenatoria.
Decisión: Revoca el fallo confutado y se absuelve al
procesado de los cargos enrostrados en su contra.

JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado
CON FIRMA ELECTRÓNICA

Firmado Por:

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

Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 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: **96066b4bbb072b8c047ecc3604d5854d5d074a67629bfc6d88d4ec4bb2b24903**

Documento generado en 02/03/2023 03:28:16 PM

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