

**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, noviembre veintiuno (21) de dos mil veintitrés (2023).

Acta No. 1329

Hora: 1:40 PM

Radicación	660016000035 2013 05621 01
Sentenciado	Elsein Rondón Pulecio
Delito	Actos sexuales con menor de catorce años
Juzgado de conocimiento	Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra sentencia del 28 de enero de 2015

1- ASUNTO A DECIDIR.

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa² contra la sentencia emitida el 28 de enero de 2015, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira, Risaralda, mediante la cual se condenó a Elsein Rondón Pulecio de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años.

Es necesario indicar que quien actúa como Magistrado ponente de esta decisión fue nombrado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en propiedad, en el 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 Dr. Fusthel Antonio Manyoma.

La razón por la que se adopta esta decisión solo hasta esta data, obedece a la gran cantidad de procesos de Ley 906 de 2004 (*con persona privada de la libertad*), próximos a prescribir que debían fallarse de manera inmediata, solicitudes de libertad, como también asuntos constitucionales que demandaron en su momento, mayor prioridad, de acuerdo al gran cúmulo de asuntos que se encontraban en el Despacho al posesionarse el suscrito.

Al momento de recibir el Despacho 003 fue necesario organizar el inventario de asuntos, pues el que había no obedecía a criterios que permitieran conocer la realidad del estado de la oficina, a lo que se suma que al atraso de varios años se sumaba que la mayoría de expedientes en materia penal no contaban con los registros orales de las audiencias respectivas, por lo que el Despacho tuvo que comenzar a requerir el envío de tales registros, lo que ha sido difícil y dispendioso, ya que muchos de esos registros corresponden a audiencias realizadas años atrás. A esto debe agregarse que muchos casos con personas privadas de la libertad estaban cerca de la prescripción de la acción penal, por lo que hubo que enfocar todos los esfuerzos en la atención de tales asuntos, en particular casos en los que las víctimas son menores de edad y los delitos imputados correspondían al título de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Y, como muchos asuntos penales que ingresaron desde el inicio de la pandemia correspondían a expedientes electrónicos, la organización del inventario conllevó la necesaria organización de estos asuntos y su revisión para saber su estado y si los mismos contaban con toda la información requerida para entrar a resolverlos con la decisión pertinente.

También hay que agregar que al anterior trabajo se sumó la actividad orientada a escanear los expedientes físicos para digitalizarlos y contar con los mismos en versión electrónica, lo que conllevó un trabajo de varios meses que tuvo que asumir el Despacho 003.

Lo anotado hizo que se prolongaran los tiempos para tomar las decisiones pertinentes en la mayoría de los asuntos, dado su mayor o menor complejidad, el volumen de la prueba, los intereses jurídicos involucrados y la naturaleza de los asuntos.

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, en los siguientes términos.

2. HECHOS.

El supuesto fáctico fue descrito por el juez de instancia de la siguiente manera:

“ELSEIN RONDON PULECIO fue capturado por agentes de la policía nacional al ser señalado de agotar la conducta punible de Actos Sexuales con Menor de Catorce años, en hechos ocurridos dentro de una residencia ubicada en la calle 12 No. 8-43 de esta ciudad, figurando como víctima el niño J.Y.C.G. Se afirma como fecha de ocurrencia de tal incidente el día 30 de noviembre de 2013.

3. ANTECEDENTES PROCESALES.

3.1 El **1º de diciembre de 2013**, se llevaron a cabo audiencias preliminares concentradas ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Quinchía, Risaralda, la Fiscalía le imputó cargos por el punible de actos sexuales con menor de 14 años, el señor Rondón Pulecio no los aceptó. Por estos hechos le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario al imputado.

3.2 El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira, despachó que adelantó la audiencia de formulación de acusación el 25 de abril de 2014; la audiencia preparatoria se llevó a cabo el 3 de junio de 2014; el juicio oral se celebró el 13 de noviembre de 2014, al término del mismo se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio.

3.3 La sentencia fue proferida el 28 de enero de 2015. La defensa dentro del término oportuno interpuso y sustentó el recurso de apelación. Por su parte, la Fiscalía se pronunció como no recurrente.

4. IDENTIDAD DEL PROCESADO

Elsein Rondón Pulecio, con cédula de ciudadanía 14.229.102 de Ibagué (Tolima), nació en la misma ciudad el 6 de octubre de 1958, hijo de Ana y Luis.

5. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA.

El funcionario *A quo* decidió condenar al procesado, al encontrar que la Fiscalía probó a plenitud la comisión de unos actos sexuales agotados en perjuicio de un menor de edad de 12 años de

edad, actos que constituirían un atentado contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual.

Refirió que el testimonio de la víctima quien, de manera coherente, lógica, clara, sin mostrar resentimiento alguno, señaló al acusado como el hombre que penetró arbitrariamente al cuarto donde dormía junto con su hermano, ejecutando actos obscenos, lascivos tocando sus partes íntimas inclusive, exhibiéndole su miembro viril cuando llevó a cabo esa conducta.

Adujo que, el señalamiento del menor no se prestó a equivocó alguno porque lo conocía suficientemente ya que era inquilino en la misma residencia desde hacía un mes y su dormitorio quedaba en el mismo piso. Por esa razón llamó a su padre inmediatamente después de lo ocurrido, quien de inmediato reprochó al sujeto por su comportamiento recibiendo como respuesta una acción violenta, pues tomó un cuchillo y quiso agredirlo.

Ahora, consideró el juez de instancia que el testimonio del menor no resultó insular dentro del proceso, como que el progenitor del menor, el médico legista y la psiquiatra forense corroboraron a través de sus testimonios y dictámenes la declaración del niño, haciendo más convincente la prueba directa. También, refirió que el dicho del acusado antes de favorecerlo, lo que hizo fue ratificar su responsabilidad, porque estaría afirmando que efectivamente entró al cuarto donde reposaba el menor, aunque exculpándose en el hecho que lo hizo solo para cerrar la puerta que se hallaba abierta, justificación que a su juicio se tornó absurda, pues nada tenía que hacer el acusado ingresando al cuarto en donde dormían dos menores y menos tocarlo, ya que esa habitación era inviolable, por lo cual ingresar a ese cuarto sin permiso ya era un atropello criminal.

5. DEL RECURSO PROPUESTO

5.1 Defensa (recurrente).

Sustentó la alzada fundamentándose principalmente en los siguientes argumentos:

Adujo que, la versión del menor fue la única fuente probatoria que le permitió al funcionario *A quo* proferir el fallo condenatorio, sin dársele valor a la teoría de la defensa, como cuando el enjuiciado al romper el silencio manifestó que si había ingresado a la habitación pero con el propósito de alertar a quienes allí dormían para que cerraran la puerta, testimonio desprovisto de ningún ánimo de salvación, pues sería conocido que ese sector es peligroso, convulsionando, amén que en esas habitaciones entran y salen sin control personas que

comercializan y consumen sustancias estupefacientes, al ser habitaciones de paso de muchas personas para pasar la noche pernoctar en ellas.

A su juicio, la inseguridad probatoria no permitía condenar a su representado máxime que la Fiscalía no llamó al juicio a los otros menores que dormían junto a JYCG, quienes si estaban en la misma cama no sintieron nada. Así, consideró que el asunto se desarrolló en un mar de incertidumbres pues no hubo claridad por los deponentes que arribaron al juicio siendo prueba de referencia ante las manifestaciones del menor.

5.2 Fiscalía (No recurrente).

Argumentó que el análisis del juez resultó serio, no solo porque se tomó en cuenta la versión del menor sino también, por el análisis de otros testimonios otorgados que no tenían ninguna preferencia en desacreditar al acusado.

A su juicio, debió aceptar la defensa no haber aportado prueba que desvirtuara la presentada en juicio por la Fiscalía, por lo cual no podría hablarse de un mar de incertidumbres cuando existió un testimonio claro por parte de la víctima que, conforme a la valoración pericial psicológica, resultó ser lógico y coherente.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia:

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Problema jurídico a resolver:

En atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala abordará el estudio de la materialidad de la conducta y la responsabilidad del acusado en la comisión del hecho que se le imputa, a partir de las pruebas recaudadas en el juicio por el funcionario de primer grado, que profirió una sentencia condenatoria. Lo anterior en el entendido que la defensa recurrió el fallo de primer nivel por considerar que existía prueba suficiente para concluir más allá de toda duda la no responsabilidad del penado en la comisión de la conducta por la cual fue acusado.

6.3. Consideración previa.

Antes de entrar en el estudio del asunto, 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** (*niños, niñas y adolescentes*).

La H. Corte Constitucional en diversos pronunciamientos³ 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”*

³ Ver las sentencias de constitucionalidad C-840/2010, C-058/2018, C-250/2019, C-193/2020

Por manera que, atendiendo esos postulados, 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 casos donde se adecuen **delitos que transgredan la libertad y formación sexual de los 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 (*dependiendo del sistema procesal*), 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**, el cual es común indistintamente de los grados de participación (*autor, coautor, determinador, cómplice*) o cualquier aspecto que modifique los lindes punitivos, pues se itera, la *ratio legis* de la modificación al artículo 83 del CP, se aviene a evitar la impunidad en estos delitos, garantizando con medidas más efectivas el derecho a la justicia de los niños y de las niñas en el marco de los estándares derivados del derecho internacional de los derechos humanos, reafirmados por el bloque de constitucionalidad, es decir, ampliando el espectro temporal para que la investigación y el juicio se desarrollen en pro de los derechos de las víctimas menores de edad, una interpretación diferente sería nugatoria del interés superior del menor.

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).

Esta decisión, si bien fue emitida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, tiene 4 salvamentos de voto, por lo que podríamos colegir que no es pacífica la postura frente al cómputo del término de prescripción de estos delitos, especialmente porque se trata de un tema sensible que incluso está articulado al conjunto de normas del derecho internacional de los derechos humanos que regulan el concepto del interés superior de los niños en el ámbito de los procesos judiciales. En todo caso, esta Sala es consciente que el criterio mayoritario es el que constituye precedente para casos análogos, pues los salvamentos de voto tienen el único efecto de identificar una importante diferencia de opiniones de algunos magistrados con el pensamiento de la mayoría, pero la regla jurídica en torno al precedente permite establecer que es la decisión mayoritaria la que rige a futuro en casos análogos.

En razón de ello, esta Sala atendiendo que la voluntad del legislador fue la de consagrar un régimen especial de prescripción para estos delitos, al punto de que actualmente se ha avanzado en la consolidación de un régimen especial con la implementación de la imprescriptibilidad de la acción penal, quiere significar que en el marco de las últimas reformas legales es más claro aún que no habrá interrupción de prescripción de la acción

penal para estos delitos, pero también sabemos que esta última regla regirá para casos ocurridos a partir de su entrada en vigencia.

Como puede observarse, la regulación legal no es clara en este tema y ello ha originado diferentes posturas interpretativas que tratan de dar cuenta del alcance de la disposición y la manera de contabilizar los términos de prescripción, pero es claro que, en materia de precedentes, a pesar de la existencia de diferentes opciones interpretativas, los tribunales de cierre han optado por acoger una de esas tesis y, a la luz de esta no hay duda que dichos precedentes rigen la presente decisión y este Tribunal no puede sino aplicarlos.

Así las cosas, aterrizando en el caso en concreto, se tiene que los hechos objeto acusación (30/11/2013) devienen cuando la víctima tenía 12 años de edad, lo cual permite dar aplicación a la modificación del término prescriptivo de la acción penal conforme lo establece la Ley 1154 de 2007, pues según los cargos enrostrados, el señor Elsein Rondón Pulecio al parecer realizó actos libidinosos al menor JYCG (*nacido el 30/11/2001*).

Luego, atendiendo las reglas jurisprudenciales indicadas y conforme la imputación de cargos que se efectuó el **1 de diciembre de 2013**, aun cuando la víctima no había alcanzado la mayoría de edad, el término prescriptivo se interrumpió, contabilizándose por diez (10) años desde esa fecha. En ese sentido, se advierte con claridad que esta instancia se encuentra habilitada para desatar el recurso de apelación propuesto.

6.4 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, el recurrente sustenta su disenso a efectos de lograr la revocatoria del fallo absolutorio, teniendo en cuenta la valoración de los medios de convicción objeto del debate público. Para tal efecto, debemos indicar que en el desarrollo del juicio oral la Fiscalía y la defensa, según los registros del acto procesal, presentaron un acuerdo de estipulaciones para considerar demostrado los siguientes hechos o circunstancias relevantes:

i) Plena identidad del acusado;

ii) Identidad y edad de la víctima;

iii) El hecho de que la Trabajadora Social del ICBF Luz Mary Mosquera Murillo el 20 de enero de 2014, realizó visita socio familiar al menor JYCG con el fin de establecer la composición familiar, el grado de escolaridad de todos y cada uno de los miembros de la familia, describiría la vivienda en cuanto sus condiciones, registraría los antecedentes familiares, analizaría la dinámica familiar, la participación comunitaria para concluir que el menor debía tener intervención psicológica o terapéutica según evaluaciones pertinentes. Asimismo, se estipula el contenido del informe social del 20 de enero de 2014, firmado por dicha funcionaria.

Una vez expuesta la teoría del caso por la Fiscalía, amén de la aprobación del acuerdo de estipulaciones probatorias, se pasó a la presentación de la **prueba testimonial de cargo** que consistió en las declaraciones de: i) menor víctima YYCG; ii) José Arley Cucaita Tovar; iii) Carolina Jaramillo Toro médica psiquiatra del INMLCF y iv) Gabriel Andrés Díaz Betancur médico legista del INMLCF.

Por su parte, la defensa presentó como testigo al acusado Elsein Rondón Pulecio quien renunció a su derecho constitucional a guardar silencio.

Es de tener en cuenta que en esta oportunidad se procedió por la conducta punible descrita en el artículo 209 del C.P., modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008, en los siguientes términos:

“ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.”

6.4. De la responsabilidad de Elsein Rondón Pulecio.

En lo relativo a las pruebas relacionadas con la responsabilidad del procesado **Elsein Rondón Pulecio** por la conducta del artículo 209 del C.P., advierte la Sala desde ya que, atendiendo su valoración, lo procedente es confirmar la decisión de primer grado, pues la prueba acopiada vislumbra la existencia del comportamiento punible y la responsabilidad del encartado en los hechos, razones suficientes para no acoger los argumentos del apelante conforme se analizará seguidamente.

De lo visto de la actuación procesal se advierte que, la decisión del juez de instancia se circunscribió a considerar como la Fiscalía en el curso del juicio oral probó la existencia del comportamiento delictivo atribuido a Elsein Rondón Pulecio, pues aquel 30 de noviembre de 2013, alrededor de la 1:00 AM, ingresó a la habitación donde se encontraba durmiendo el menor de 12 años JYCG, lo acarició en sus partes íntimas y le exhibió su miembro viril.

Para soportar esa tesis, el ente acusador basó su teoría en el testimonio JYCG, quien de manera directa señaló la persona que el día de los hechos atentó contra su bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexual, quien posteriormente sería identificado como Elsein Rondón Pulecio. Al respecto esto señaló el menor de edad víctima en el juicio oral (*ver registro desde minuto 15:00*):

“Preguntado. Antes de vivir con tu tío, donde vivías y con quien. Contestó. Yo vivía en la 12, en el centro y vivía con papá. Preguntado. A que se dedicaba el papá. Contestó. A vender límpidos. Recuerdas dónde vivías en el mes de noviembre del año 2013. Contestó. No señora. Preguntado. Fuera de vender límpido, que otra cosa hacía tu papá. Contestó. Arrendaba habitaciones. Preguntado. A quien le arrendaba habitaciones. Contestó. A las personas. Preguntado. Como era esa casa donde vivías y él arrendaba habitaciones. Contestó. La residencia donde vivíamos había tres pisos y, nosotros vivíamos en el segundo. Preguntado. Recuerdas cuantas habitaciones tenía el segundo piso. Contestó. No señora. Preguntado. Tu recuerdas que sucedió en el mes de noviembre del año pasado. Contestó. Lo que me paso, que casito me violan. Cuéntale al señor juez que paso ese día. Contestó. El 30 de noviembre el día de mi cumpleaños, yo estaba durmiendo en una pieza con mi hermano, entonces como la puerta no cerraba bien, nosotros le poníamos un closet, entonces en la madrugada, por allá a la una de la mañana, yo sentí un peso y que alguien me estaba tocando, y cuando mire arriba estaba el señor, entonces yo le dije quítese de ahí, entonces el seguía ahí, entonces yo le dije otra vez y él se quitó y después se levantó de la cama y guardó su pene, entonces él salió y yo le cerraba la puerta, él intentaba hacer algo, pero yo le cerraba la puerta, como no cerraba bien se devolvía la puerta. Yo le dije que le iba a decir a mi papá, entonces se fue, desperté a mi hermano le conté lo que pasó y le dije que me acompañara a decirle a mi papá. Preguntado. Que le contaste a tu papá. Contestó. Que un señor estaba encima de mí, que me estaba tocando. Preguntado. Tu papá que hizo. Contestó. Fue a la pieza de él y le dijo que pasaba con el niño. El señor se bajó asustado y se quedó callado. Después mi papá se fue a llamar a la Policía y la policía vino y estaban hablando ahí, entonces el señor sacó un cuchillo y le tiró a mi papá, entonces la policía lo detuvo y le dijo a mi papá que, si iba a demandar, entonces él dijo que sí. Preguntado. Cuéntanos como era la pieza donde tu estabas durmiendo, con quien dormías, describe el lugar donde dormías. Contestó. Yo dormía con mi hermano, en solo una cama, al lado de una ventana, pero está rota la ventana. Preguntado. Que tan grande era la pieza. Contestó. Mediana. Preguntado. Había alguien más en esa pieza fuera de tu hermanito. Contestó. No. Preguntado. Tú dices que la puerta no cerraba, que pasaba con la puerta. Contestó. La puerta estaba dañada y entonces nosotros la cerrábamos por la noche, se devolvía, entonces mi hermano y yo cogimos un closet que había ahí, lo cogimos y lo pusimos en la puerta. Preguntado. Que tan pesado era ese closet que colocaban en la puerta. Contestó. No era tan pesado. Preguntado. Como te

sientes ahora. Contestó. Bien. Preguntado. Con quien vives en este momento. Contestó. Con mi tío”.

Al contrainterrogatorio refirió:

“Preguntado. Cuantos años tiene el hermano con el que estaba durmiendo en la pieza. Contestó. Tenía 10 años. Preguntado. ¿O sea que es menor que tú cierto? Contestó. Sí señor. Preguntado. Tu recuerdas cuantas piezas tiene el piso donde dormían ustedes. Contestó. No señor. Preguntado. La pieza que describes que tenía en el interior, la pieza donde dormías con tu hermanito. Contestó. Había juguetes, un closet, la cama y unas fotos ahí. Preguntado. Recuerdas exactamente la hora cuando ocurrieron estos hechos. Contestó. No señor. Preguntado. Mas o menos que hora era. Contestó. Por ahí la una de la mañana. Preguntado. Las luces de la pieza donde dormías con tu hermanito estaban prendidas o apagadas. Contestó. Prendidas. Preguntado. La persona que ingresó a la habitación que clase de tocamientos te hizo. Contestó. Yo sentí que me tocan el pene, el cuerpo y sentía que alguien me manoseaba la cabeza. Preguntado. La persona que tú dices que te tocaba el cuerpo y la cabeza te quitó la ropa. Contestó. No señora. Preguntado. Tu le constaste a tu hermano y a quien más lo que había pasado. Contestó. Y a mi papá, a nadie más. Preguntado. Ustedes cada vez que se acostaban dejaban la puerta de la pieza abierta. Contestó. La dejábamos cerrada con el closet ahí. Preguntado. Tú dijiste hace un momento que te preguntaron, cual había sido la reacción del señor, cuando tu papá se había enterado de lo que había sucedido y manifestaste que el señor había sacado un cuchillo. Contestó. Él le sacó el cuchillo a mi papá cuando llegó la Policía. Preguntado. En dónde se presentó eso en la pieza donde tú dormías o en que parte de la residencia. Contestó. Yo no sé. Preguntado. Tú no estabas presente cuando el señor le sacó el cuchillo a tu papá. Contestó. Sí señor. Preguntado. Pero tu dijiste ahora que el señor le había sacado un cuchillo a tu papá y que le había tirado. Contestó. En el pasillo, pero al frente del cuarto del señor. Preguntado. En la residencia donde vivías con tu padre también vivía tu mamá. Contestó. No señor. Preguntado. Puedes describir en sus rasgos físicos a la persona que tú dices te tocó la noche del 30 de noviembre del año pasado. Contestó. Era de pelo largo, era altico, era flaquito, tenía el pelo canosito y ya lo único que me acuerdo, era viejo. Preguntado. Antes de ese día tú habías visto a esa persona y dónde. Contestó. Yo lo había visto, pero en el hotel donde mi papá le alquiló la pieza”.

Durante el redirecto adujo:

“Preguntado. Que pasó con el cuchillo con el que tú dices que el señor los amenazó. Contestó. Yo no sé qué pasó con el cuchillo, pero yo que él le tiró a mi pa’ ahí al frente de los policías”.

Preguntas complementarias de la judicatura.

“Preguntado. Pudiste observar si quien iba a abusar de ti se hubiera quitado su ropa o como lo viste. Contestó. Cuando yo le estaba cerrando la puerta él tenía los pantalones abajo.”

En este punto, resulta valido recordar 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. En ese orden, vale la pena traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia al respecto⁴.

“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 Corte⁵, 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”.*⁶

Luego, la prueba testimonial en Colombia es un medio válido de discernimiento o juicio que procura la acreditación de unos hechos específicos. En ese sentido, el conocimiento que las víctimas de un injusto puedan tener de los hechos investigados, resulta plausible como medio probatorio, debiéndose someter a las mismas reglas de apreciación de la prueba testimonial, pero con unas delimitantes específicas.

Al respecto, la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado⁷:

“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.

⁴ Sala de Casación Penal, Auto de 25 de mayo de 2015, radicado AP2768-2015. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

⁵ Cfr. casación del 27-02-13 Rad. 38773

⁶ Sentencia de 9 de octubre de 2013, Radicado 36518, M.P. JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ

⁷ Sentencia de 7 de septiembre de 2005, radicación 18455

En síntesis, debe procurarse 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 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”⁸.

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... ”⁹”.

Así, analizando las circunstancias puntuales del caso en concreto, se avizora de manera diáfana que la víctima de primera mano, fue quien puso en conocimiento de terceros el presunto comportamiento sexual ejercido en su contra, por lo cual sería aquella persona quien tendría el conocimiento suficiente para desvelar con detalles lo ocurrido.

Tiénesse entonces que, al investigarse delitos sexuales, por regla general se comprenden como comportamientos de aquellos que se realizan a “puerta cerrada” en la clandestinidad¹⁰, 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 comportamientos de esa naturaleza, sin que ello no implique que un tercero pueda darse cuenta de los hechos de manera concomitante o inclusive posterior (*entendiéndose ese momento cuando se advierte a la víctima desvincijada o con características de una agresión de esta naturaleza, 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.

Frente a las declaraciones de las víctimas de delitos sexuales, la ley de procedimiento penal establece los criterios de valoración sin hacer distinción entre los que provienen de personas adultas y de menores de edad, entre los cuales enuncia:

“... los principios técnicos – científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento

⁸ IRRAGORI DIEZ, Benjamín, Curso de Pruebas Penales, ob. Cit. P.72 –Oralidad: Testimonios Interrogatorios y Contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio, p.234

⁹ Oralidad: Testimonios Interrogatorios y Contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio, p.235

¹⁰ Delitos a puerta cerrada - CJS SP7326-2016, radicación 45585. – Ver también, Corte Suprema de Justicia en Sala Penal, sentencia SP086-2023 del 15 de marzo de 2023, M. P. Hugo Quintero Bernate, radicación No. 53097 en la cual se señala que, aunque la clandestinidad sea uno de los aspectos que caracteriza este tipo de delitos, esto no imposibilita que en la práctica pueda corroborarse el dicho de la víctima, si ello es necesario.

del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.¹¹”

Luego, el papel de la víctima de un delito de connotación 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, al ser el único testigo, señalando de manera directa al autor del punible, ora si su conocimiento personal conlleva a esa posibilidad. Ahora, 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 (*por ser menor de edad*) al momento de la ocurrencia del hecho y/o cuando rinde su testimonio en el juicio.

“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.**”¹². (Subrayado de esta Sala de decisión).*

De la misma manera ha dicho la Corte Constitucional que:

“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído

¹¹ C.S.J - S. Penal -SP5290—2018, radicación No.44564, 5 de diciembre de 2018. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

¹² 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.

a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, **aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo ‘normal’ el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de ‘derecho’ sobre el cuerpo del menor.**¹³” Subrayado de esta Sala de decisión.

Colorario a lo anterior, 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.¹⁴”

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.

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)”¹⁵.

¹³ Sentencia T-554/03.

¹⁴ Corte Constitucional sentencia T-260 de 2012.

¹⁵ Sentencia del 23 de junio de 2021, radicación 52.171 – SP2541 -2021, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

En ese contexto, 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 tornan predominantes en el ámbito penal, tal y como lo ha referenciado el máximo tribunal de la justicia ordinaria, lo que 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.

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 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).»¹⁶

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»¹⁷, 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.

¹⁶ CSJ SP, 1 oct. 2019, rad. 52394.

¹⁷ 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.

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.»¹⁸.

Luego, todos estos razonamientos nos obligan a asimilar que **la versión de la víctima menor de edad se entiende como un medio válido de conocimiento**, el cual debe ser apreciado conforme los criterios generales de *racionalidad, la sana crítica y la valoración probatoria en conjunto*¹⁹, a efectos de que ese raciocinio esté libre de cualquier sesgo cognitivo por prejuicios, estableciéndose la credibilidad o no 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 que ello tuvo lugar, la forma de sus respuestas y, entre otras circunstancias, el interés que pudieran tener en el caso concreto²⁰. Énfasis de esta Sala de decisión.

Teniendo en cuenta las anteriores pautas y como ya lo habíamos indicado, puede evidenciarse que la versión del joven JYCG otorgada en el juicio, fue clara, concisa sin advertirse animadversión alguna en contra del enjuiciado, pues de manera muy concreta refirió como en la

18 CSJ SP, 2 sep. 2020, rad. 50587.

19 Sentencia SP849-2020 del 11 de marzo de 2020, radicado 53755, M. P. Eyder Patiño Cabrera. “Cuando se trata de delitos sexuales perpetrados sobre menores de edad, la Corte ha hecho énfasis en la necesidad de examinar su testimonio de manera sosegada y ponderada bajo el tamiz de la sana crítica, atendiendo no solo lo depuesto en juicio, **sino ello en conjunto con sus declaraciones anteriores, debidamente incorporadas al debate oral a través de los mecanismos de impugnación de credibilidad o refrescamiento de memoria, o incluso, frente a aquellas que solo tengan el carácter de referencia, a efectos de determinar su credibilidad** (cfr. CSJ SP4329-2019, rad. 50825; CSJ SP791-2019, rad. 47140; CSJ SP 2709-2018, rad. 50637 y CSJ SP14844-2015, rad. 44056).

En esa línea, será necesario constatar una serie de características en su narración, referidas a la manera en que describe y ofrece los detalles del abuso, la forma en que representa el contexto en el que se produjo y las eventuales contradicciones o vacíos que contenga su relato.

De igual manera, la Sala ha señalado que, en esa labor judicial, no se puede dejar de lado que, cuando el testigo agrega o precisa algunos aspectos puntuales relacionados con el acontecer delictual, ello por sí solo no torna inverosímil o mentirosa su declaración ni “puede equivaler a la falta de veracidad, pues ello encontraría una primera explicación en el paso del tiempo, ámbito propicio para rememorar u olvidar un hecho”. De cualquier manera, es imperioso tener en cuenta que los aspectos que se dejen de contar o que se añadan no sean trascendentes y se restrinjan tan solo a detalles, no al hecho en sí mismo, porque, de ser así, su credibilidad estará socavada”. (Subrayado de esta Sala de decisión).

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

madrugada del 30 de noviembre de 2013, teniendo como punto de referencia su fecha de cumpleaños, en el momento que dormía junto con su hermano menor en una habitación del hotel como lo denominó, el cual administraba su progenitor, fue abordado por una persona a quien reconocía por hospedarse en el mismo lugar, quien aprovechándose que la cerradura de la puerta estaba dañada y solo la contenía para cerrarla un closet de poco peso, ingresó a aquel cuarto se posó encima suyo, le realizó tocamientos libidinosos, inclusive, en su pene, así como se habría bajado sus pantalones, por lo cual el menor agraviado al despertarse pudo verle miembro viril. Adicionalmente, adujo el niño que una vez alertó a su progenitor de lo ocurrido, este fue a ver qué ocurría y cuando llamó a la Policía, el agresor trato de lesionarlo con un cuchillo.

Teniendo en cuenta ese señalamiento, como elemento de *corroboración periférica* de dicha versión tenemos, en primer lugar, la información suministrada por el progenitor del agraviado, pues el señor **José Arley Cucaita Tovar** refirió (*reconociendo al procesado en la audiencia*) que²¹, en efecto, él le alquiló un cuarto al señor Elseín Rondón Pulecio aproximadamente por un mes por pago diario. En dicho hotel, el señor Cucaita Tovar residía con sus 3 hijos en el piso 2º del inmueble, y sus dos hijos menores (*entre ellos la víctima*) ocupaban el cuarto contiguo al de él, describiendo que en esa habitación había una cama (*ahí dormían los dos menores*) y un armario pequeño, ratificando que la cerradura del cuarto estaba averiada. A unos 8 metros de distancia se encontraba ubicado el cuarto (*pieza No. 16 en el segundo piso*) del acusado y en ese mismo piso solamente vivía otra persona, una mujer adulta mayor.

Como puede verse, si bien el señor padre de la víctima, no observó lo ocurrido al momento de los hechos, sí otorgó información coincidente con la suministrada por el menor, en cuanto a la descripción de la habitación, quienes dormían en ella, la falta de seguridad en la cerradura de la puerta del cuarto, amen que indicó como en ese espacio sus hijos menores dormían solos y no como posteriormente lo declararía el procesado que, en ese cuarto el día de los hechos se encontraba una fémina.

Así mismo el testigo aclaró que, aunque en el lugar existía una persona diferente a él encargada de la administración del lugar, la vigilancia sobre los cuartos era poca. Luego podemos señalar que con la información suministrada por el señor José Arley, sí se tiene como posible la oportunidad de que Elsein Tobar Pulecio tuviera acceso a la habitación donde se alojaba el menor de edad, máxime que la habitación no tenía cerradura que impidiera su acceso.

²¹ Ver registro desde el minuto 43:00.

Ahora, en cuanto a los hechos, el declarante refirió que cuando estaba durmiendo, su hijo JYCG le advirtió sobre lo acontecido, indicándole que un señor se había posado sobre él, le había mostrado el pene y lo estaba molestando, indicándole como referencia del agresor ser el señor del fondo de la 16, indicándole el cuarto. Igualmente, adujo el señor Cucaita Tovar que una vez enterado de la situación fue a increpar a quien reconoció como el acusado, llamó al administrador aduciéndole que avisara a la Policía. Adujo que, cuando estaban los Policías en el sitio, el señalado como autor de los hechos lo amenazaba con un cuchillo; sin embargo, en ese momento se enredó, se cayó y los policiales le dieron captura.

Como puede verse, la información otorgada por el deponente guarda coherencia con aquella que el menor entregó en el juicio, razón que permite comprender su credibilidad, pues no se trata de un señalamiento que denote un afán o ánimo de perjuicio injustificado, como la exacerbación de los hechos o una retaliación por desavenencias pasadas, nada ello se probó por la defensa.

En este punto, resulta pertinente analizar que en el lugar de los hechos existía otra persona, en tratándose del hermano menor de la víctima. Si bien es cierto, estos hechos ocurrieron en su presencia, inclusive en la misma cama en la cual reposaba, se debe tener en cuenta que en ese momento el niño dormía, por lo cual resulta plausible que no respondiera a estímulos como el ruido o el movimiento, pues recordemos que dormía con otra persona, en un hotel donde había tránsito constante por los moradores a cualquier hora, amén que los menores dormirían con la luz encendida. Todos estos factores, pueden permitirnos inferir que tal vez los niños tuvieran un sueño profundo acostumbrados al ruido, el cual solo se disipara ante estímulos directos, como ocurrió en el caso de JYCG, cuando el acusado se le puso encima y empezó a tocarlo.

Y es que, como lo considera la defensa, por el hecho de que una persona esté en un sitio dormida *per se* no permite comprender que automáticamente deba enterarse de lo ocurrido, pues existen circunstancias como la analizada que pueden impedirlo; de ahí que, era tarea de la defensa auscultar sobre ello para determinar si ese otro menor era un potencial testigo; sin embargo, más allá de su reparo, nada hizo en materia investigativa o a través del conainterrogatorio para poder obtener información relevante que pudiera soportar su conjetura.

Adicionalmente, tenemos lo referido por la médica psiquiatra del INMLCF, Dra. **Carolina Jaramillo Toro**, quien evaluó al menor JYCG para determinar si: i) estaría afectado psicológicamente a raíz de los hechos y si su relato resultaría lógico y coherente; ii) su estado

anímico y ii) sobre la sugerencia de algún tratamiento especial. La perita, procedió a explicar su informe del 31 de octubre de 2014, donde refirió la descripción de las técnicas empleadas entre ellas la entrevista que se recepcionó al menor, donde éste de manera muy concreta relató los hechos que hoy nos concitan, pudiéndose vislumbrar que resultaron sustancialmente coincidentes a la información otorgada en el juicio.

Es claro que la pericia psicológica, tenía como objetivo no determinar la credibilidad del menor, sino auscultar sobre la lógica del relato y su coherencia, pues el valor suasorio del relato solo le correspondería al juzgador, que como lo hemos visto debe compaginarse al cúmulo probatorio. Así, la posición de la experta permite afianzar o no el análisis probatorio, pues como conclusión determinó que el examen mental al menor no presentaba alteraciones globales, pudiéndose clasificar su examen dentro de parámetros satisfactorios y, su relato guardó lógica y coherencia con adecuada estructura interna, amén de no encontrarse alteraciones relevantes para clasificar la afectación del menor como patología mental.

Y es que precisamente esa coherencia se advierte por este Tribunal en el análisis realizado con los elementos de corroboración periférica, que nos permiten comprender que el menor no ha brindado información mendaz o alejada de la realidad. Ahora, el señalamiento del menor no se desveló como un error al confundir una persona con otra, pues quedó claro que el día de los hechos: i) el niño le indicó a su padre que quien lo agredió era el individuo de la habitación No. 16; ii) en el segundo piso del inmueble, donde estaba ubicada la habitación 16, solo pernoctaban los tres menores, su padre, una dama de la tercera edad (*descrita por el declarante Cucaita Tovar como una viejita*) y el señor Rondón Pulecio habitante de la enunciada habitación número 16 (*a quien se conocía como Osama por sus características físicas*); y iii) la persona que el señor Cucaita Tovar reconoció en el estrado, es decir el acusado, fue la misma persona capturada el día de los hechos.

Ahora no podemos desconocer que el procesado, quien renunció a su derecho constitucional a guardar silencio²² quiso mostrarse ajeno a esos hechos; sin embargo, su intento a diferencia de la versión inculpativa, no tiene ningún soporte en los demás elementos de juicio recolectados, es decir, se torna insular y sin respaldo. Aunado a ello, el mismo acusado indicó que el día de los hechos se retiró de su cuarto y en el trayecto a verse con un amigo, observó que la puerta de una de las piezas estaba abierta, miró hacia el interior y vio a dos personas acostadas, primero indicando que le había tocado la mano y le dijo “pilas asegure eso”, posteriormente aclararía que le tocó la pierna y le dijo “pilas con la puerta”, era como una dama y había un niño, aclarando que no eran dos niños.

²² Ver registro desde el minuto 46:40.

Esta información, a diferencia de lo pretendido por el inculpado, sí lo ubica en el lugar de los hechos, pues se advierte que: i) sí tuvo la posibilidad de ingresar a ese cuarto, pues la puerta no estaba cerrada; ii) efectivamente ingresó al cuarto y iii) sí hizo contacto físico con una persona de esa habitación.

Consideramos como bien lo hizo el juzgador de primera instancia, que el procesado nada tenía que hacer en esa habitación, por más que quisiera alertar sobre la apertura de la puerta como un acto de buen samaritano, tenía posibilidades de tocar la puerta o llamar con tono de voz alto para avisar de la situación; sin embargo, decidió ingresar al mismo. Ahora, ese hecho no configuraría por sí solo el delito imputado; empero, no podemos olvidar que el menor indicó que este ciudadano le realizó tocamientos de índole sexual y obsceno, lo cual sí es penalizable.

Es por ello que, ante la confrontación de relatos, solamente aquello que tiene respaldo permite entender su veracidad y únicamente lo dicho por el menor resultó susceptible de corroborarse periféricamente. En ese sentido, se advierte que la deposición del acusado no es correlativa a la verdad procesal, pues sus propios dichos no se ciñen a lo declarado por los demás testigos, como que en el enunciado cuarto no se encontraba ninguna fémina, al acreditarse que solo se alojaban los dos menores de edad.

Así las cosas, la comunidad probatoria resultaba suficiente para concluir que en efecto, el señalamiento del menor víctima acreditaría el comportamiento punible investigado de actos sexuales con menor de 14 años, pues recordemos que se trataron de tocamientos en las partes íntimas al menor y la exposición a éste del miembro viril del acusado, los cuales se tornan diversos al acceso carnal, por lo cual atendiendo lo dictaminado por el médico legista **Gabriel Andrés Díaz Betancurth**²³ (*informe del 30 de noviembre de 2013*), no existirían huellas externas de lesión, máxime que como lo indicó la víctima esos tocamientos se realizaron por encima de sus prendas; sin embargo, esa inexistencia de lesiones no desvirtúa la ocurrencia de los hechos, por el contrario existe correlatividad o coherencia ante la falta de hallazgos con las circunstancias fácticas.

Por lo tanto, se estima que le asistió razón al juez de primer grado para proferir un fallo condenatorio, lo cual conlleva a esta Colegiatura a confirmar la sentencia de primera

²³ Ver registro desde el minuto 31:15.

instancia, por reunirse en el caso *sub examen* la totalidad de los requisitos del artículo 381 del CPP.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 28 de enero de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira, Risaralda, mediante la cual se condenó a Elsein Rondón Pulecio como autor de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, atendiendo las consideraciones de la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: LÍBRENSE las comunicaciones a las autoridades correspondientes.

TERCERO: Notifíquese el contenido del presente proveído a través de los medios virtuales dispuestos para tal fin, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 163 inc. 3º del Código de Procedimiento Penal y artículos 2º y 8º de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022. Contra la misma procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Firma electrónica)
JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado

(En ausencia justificada)
MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

(Firma electrónica)
CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA
Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

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

Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 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: **d7a038791e21442ee1819600391fe5f01ed1778cf9445113ab1846ad6794774f**

Documento generado en 28/11/2023 02:24:51 PM

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