

Segunda Instancia Rdo. 0014-2017
DEYBI LÓPEZ ARIZA
Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 Años Agravado
Sentencia Absolutoria
Apelación

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL
SALA PENAL**

Magistrado Ponente
LUIS ELVER SÁNCHEZ SIERRA

Aprobado Acta No. 0117

San Gil, veintinueve (29) de junio del dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia proferida el 9 de diciembre del año 2016, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Vélez (Santander) con Funciones de Conocimiento, en virtud de la cual absolvió a DEYBI LÓPEZ ARIZA

del delito de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años Agravado.

II. HECHOS

Fueron consignados en el escrito de acusación en los siguientes términos¹:

*“El 29 de febrero de 2012, la Comisaría 18 de Familia de la ciudad de Bogotá, recepcionó noticia criminal a la señora YUDY MILENA DÍAZ PUCHIA, en la que la denunciante manifiesta que desde hacía varios meses su hija P.A.D. se mostraba agresiva cuando llegaba a su domicilio el padre de sus dos hijos, el señor DEYBIN (sic) LÓPEZ ARIZA, que en uno de esos episodios la menor le refiere que él era un falso y mentiroso y que ante el interrogante de por qué le decía eso, la menor le contestó que él la había tocado, que con posterioridad a estos hechos su expareja le aceptó haber sostenido relaciones sexuales con su hija, **en el año 2008**, cuando ellos residían en el municipio de Guavatá, versión esta que fue confirmada por la menor. De igual manera, frente al interrogante de por qué nunca le había manifestado que esto estaba pasando, la menor le expresó que ella no quería que sus hermanos se quedarán sin papá y que ella había hecho borrón y cuenta nueva, esperando que ellos pudieran arreglar su situación familiar.*

En entrevista realizada en el centro de atención a víctimas de abuso sexual de Bogotá, por parte de la funcionaria DERLY JOHANA GARCÍA BEDOYA, la menor refiere que a ella le gustaba el compañero de su progenitora, que él le regalaba chocolates, que en una oportunidad la besó y ella le siguió la corriente, de igual manera comentó que cuando ella tenía

¹ Folios 1 a 4 de la Carpeta de Conocimiento

doce años, en un diciembre, en la casa de sus abuelos, en Guavatá, él abusó de ella” (Negrillas fuera de texto).

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 20 de octubre del 2015, el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Guavatá (Santander), declaró contumaz al indiciado DEYBI LÓPEZ ARIZA², por lo que, a continuación, se realizó la formulación de imputación en su contra³, con el defensor de confianza designado expresamente por el procesado⁴, por el punible de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años Agravado, *“según hechos ocurridos en este municipio el 8 de diciembre de 2009”*⁵.

En esa misma data, la Juez Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Guavatá (Santander) le impuso medida de aseguramiento intramural a DEYBI LÓPEZ ARIZA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 5.658.937 de Guavatá (Santander), librándose la correspondiente orden de captura en su contra⁶.

2. El 1 de diciembre del 2015 se presentó el respectivo escrito de acusación⁷ y el 18 de enero de 2016 se materializó la audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Vélez (Santander)⁸. Por su parte, la vista preparatoria se desarrolló el 17 de febrero de ese mismo año⁹.

² Folio 29 de la Carpeta de Garantías

³ Ibídem

⁴ Acorde con el poder debidamente otorgado por DEYBI LÓPEZ ARIZA (Folio 32 de la Carpeta de Garantías).

⁵ Folio 29 de la Carpeta de Garantías

⁶ Folio 28 de la Carpeta de Garantías

⁷ Folios 1 a 4 de la Carpeta de Conocimiento

⁸ Folios 14 a 18 de la Carpeta de Conocimiento

⁹ Folios 20 a 24 de la Carpeta de Conocimiento

3. La audiencia de juicio oral se cumplió en diferentes sesiones, los días 16 y 17 de mayo¹⁰ y 21 de noviembre¹¹ de 2016. La Fiscalía, de acuerdo con su teoría del caso, solicitó la condena del procesado; en el mismo sentido se pronunció el apoderado de la víctima; mientras que la defensa deprecó la absolución de su asistido por el ilícito de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años Agravado; a la postre, el fallo resultó de carácter absolutorio. Esta decisión fue apelada por la Fiscalía¹².

IV. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La A Quo adujo que la entrevista forense rendida, en agosto de 2012, por la menor víctima P.A.D., la cual fue incorporada al juicio oral con el testimonio de la Dra. DERLY JOHANA GARCÍA BEDOYA, psicóloga adscrita al C.T.I. de Bogotá, quien fue la profesional que la recepcionó, constituye prueba de referencia admisible, toda vez que así lo autoriza el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, adicionado por la Ley 1652 de 2013, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 177 de 2014; además, P.A. no pudo ser ubicada, puesto que para el día en que se realizó el juicio su progenitora desconocía su paradero, dado que por su estado de adicción a los fármacos permanece en la calle.

Resaltó que el Ente Acusador desistió de varias pruebas *“que podían hacer más o menos probable la teoría del caso de la fiscalía”*, tales como el testimonio de la médica legista, de la perito psicóloga de Medicina Legal, del psicólogo de la Fundación Nueva Vida y de la abuela

¹⁰ Folios 38 a 46 de la Carpeta de Conocimiento

¹¹ Folios 90 a 91 de la Carpeta de Conocimiento

¹² Folios 101 a 103 y 131 a 138 de la Carpeta de Conocimiento

materna de la niña; así como tampoco se recaudó en el juicio oral el registro civil de nacimiento de la menor, con el que se podía establecer *“la calidad de sujeto pasivo de la infracción contenido en el artículo 208 del C.P., esto es, que para la época de ocurrencia de los hechos, la misma contaba con menos de catorce años de edad”*.

Puntualizó que no hay duda sobre la estructuración de la circunstancia de agravación imputada, puesto que la progenitora de P.A.D. convivió con el acusado hasta el año 2009, luego ella se radicó en Bogotá dejando a su hija con la abuela, en la vereda San Rafael del municipio de Guavatá, en esta misma localidad se quedó DEYBI LÓPEZ con sus otros hijos y el procesado se comportaba como un padre con P.A.

Añadió que con base en *“el testimonio”* de la niña ante la psicóloga del CTI y lo manifestado por ella a su progenitora se acreditó la existencia de una relación sexual, que implicó penetración, entre el acusado y P.A.D., lo cual fue confirmado por el propio DEYBI LÓPEZ ARIZA, quien le pidió perdón a su compañera sentimental y a la menor.

Resaltó que YUDI MILENA DÍAZ PUCHIA en su testimonio en el juicio oral narró que los hechos ocurrieron cuando se estaban haciendo los preparativos para el bautizo de sus hijos, esto es, **el 7 de diciembre de 2009**, aclarando que aunque la niña refirió que el encuentro sexual sucedió en una sola ocasión, cuando tenía 12 años de edad, también se debe tener en cuenta que existe un referente claro, el bautizo de sus hermanos, el que reiteró, según YUDI MILENA, se realizó **el 7 de diciembre de 2009**, data que, *“atendiendo la importancia familiar y social”*, es fácil de recordar.

Expuso que la Fiscalía en los hechos jurídicamente relevantes, planteados en la acusación, afirmó que los mismos ocurrieron en el municipio de Guavatá (Santander) **en el año 2008**, mientras que en el juicio se acreditó que la única relación sexual sostenida por el acusado con su hijastra aconteció **en el mes de diciembre de 2009**.

Argumentó que la Fiscalía no cumplió con la carga de probar un elemento de la conducta punible atribuida al procesado, esto es, la calidad del sujeto pasivo, dado que aunque no incorporó al juicio oral el registro civil de nacimiento de P.A.D., este documento fue aportado como anexo del poder de la representante judicial de la víctima, constatándose allí que dicha niña **nació el 31 de octubre de 1995**, de tal forma que para el mes de diciembre de 2009, cuando se produjeron los hechos materia de esta actuación P.A. **superaba los 14 años de edad**.

Concluyó entonces que no se satisfacen las exigencias previstas en el artículo 381 del C.P.P. para proferir sentencia condenatoria en contra de DEYBI LÓPEZ ARIZA, puesto que la Fiscalía no logró desvirtuar el principio de presunción de inocencia que lo cobija, de manera tal que lo absolvió y dispuso la cancelación de la orden de captura que se había expedido en su contra por cuenta de este proceso.

V. EL RECURSO DE APELACIÓN

La Fiscalía alegó que la Cognoscente, en la sentencia impugnada, no puso en duda la existencia del hecho, explicando que la circunstancia de que en la acusación se hubiese ubicado la ocurrencia de los acontecimientos para diciembre de 2008, “no

correspondió a una postura necia", sino que dicha fecha se dedujo del relato y de los elementos materiales probatorios que existían en la investigación.

Añadió que tanto la menor como su progenitora manifestaron que la edad de la niña para el momento de los hechos era de 12 años, guarismo que, en su particular criterio, coincide con el año 2008, aduciendo que no es fácil que una persona se confunda respecto de *"cuantos años puede tener y sobre todo frente a un hecho tan doloroso"*.

Puntualizó que la edad de la víctima se estableció en la audiencia de juicio oral con la declaración de su progenitora y con el relato de P.A.D. llevado al juicio a través del vídeo que fue grabado en la cámara de Gesell por parte de la funcionaria del C.T.I.

Explicó que *"quisiera que dentro de esos acervos probatorios se trajera la totalidad de los mismos y que se llegara al convencimiento con la absoluta convicción que nos exige la norma"*, pero en este caso ello no fue así, no por la postura negligente del Ente Acusador, sino porque no fue posible llevar a juicio a declarar a la víctima dado que es una habitante de calle por su consumo de sustancias psicoactivas y por esa misma razón tampoco fue posible practicarle una valoración psiquiátrica, ni el examen sexológico.

VI. INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES

1. El Ministerio Público arguyó que no obra prueba directa que demuestre la responsabilidad del acusado, de tal forma que no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que lo cobija, máxime que existió renuencia por parte de la menor para ser valorada.

Argumentó que una sentencia condenatoria no puede apoyarse únicamente en pruebas de referencia, por lo que la Fiscalía está obligada a desplegar un trabajo más exhaustivo con el fin de verificar la versión de la víctima, a través de corroboraciones periféricas, como por ejemplo la historia clínica de la Fundación Nueva Vida, donde estuvo internada la niña, resaltando que fueron escasos los elementos materiales probatorios y las comprobaciones o corroboraciones periféricas para sustentar la teoría del caso del Ente Acusador.

Señaló que en la imputación y en la acusación se narró que los hechos sucedieron en el año 2008; sin embargo, en el juicio oral, con el testimonio de la mamá de la víctima, se logró establecer que ocurrieron concretamente en el 2009, lo que implica que la menor tenía una edad diferente a la planteada tanto en la imputación como en la acusación, sin que en el proceso se hubiese probado plenamente la edad de la referida niña, aspecto que era determinante acreditar con certeza en este caso, teniendo en cuenta que el delito imputado requiere que el sujeto pasivo sea menor de 14 años.

Puntualizó que el hecho objeto de esta actuación se presentó en diciembre de 2009 y de acuerdo con el registro civil que aparece en la carpeta, pero que NO fue allegado de manera formal por parte de la Fiscalía, la víctima nació el 31 de octubre de 1995, de tal forma que la menor ya contaba con más de 14 años para la fecha en que se materializaron los sucesos endilgados al procesado.

Por ende, solicitó que se mantenga la decisión apelada porque la misma se ajusta a la legalidad.

2. El defensor del acusado indicó que en el presente caso solamente se recaudaron tres pruebas, todas por parte de la Fiscalía, en las que el hecho referente que se ventiló fue el bautizo de los hermanos menores de la presunta víctima, el cual se realizó en diciembre del año 2009, sin que, en su criterio, se hubiese demostrado *“la minoría de edad”* de P.A.D., puesto que ni siquiera se incorporó su registro civil de nacimiento, por lo que, en el punto concreto de la tipicidad, queda *“por fuera cualquier parámetro de punibilidad en contra de mi defendido”*.

En consecuencia, deprecó que se confirme el fallo absolutorio proferido en primera instancia, toda vez que se ajusta a derecho.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Al tenor de lo preceptuado en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, **para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado.**

Ese grado de convicción según se desprende de la citada disposición, debe alcanzarse con fundamento en las pruebas practicadas en el juicio que fueron solicitadas y decretadas legal y oportunamente, obviamente con observancia de los principios de contradicción, inmediación y publicidad. **Si a la postre, de los medios de conocimiento aducidos, no se supera la duda razonable, inexorablemente tendrá que absolverse al procesado,** porque eso significa que no se pasó de la probabilidad de verdad, grado de conocimiento necesario para acusar, pero que se torna insuficiente al momento de infligir una condena.

En otras palabras, en el estadio propio de la sentencia debe pasarse de una situación de probabilidad, que es la que se declara al formularse acusación en contra de una persona, a un grado de convencimiento que supere toda incertidumbre; pues únicamente de ese modo podrá derruirse la presunción de inocencia, que más que una garantía puede considerarse como un derecho fundamental del acusado, con un clarísimo origen constitucional al tenor del artículo 29 de la Carta Política. Por supuesto, el Juzgador sólo podrá basar su decisión en la prueba que bajo los postulados de publicidad, inmediación y contradicción haya sido practicada en juicio.

2. Igualmente, como bien es sabido, el compromiso del Ad Quem al desatar el recurso de apelación está circunscrito a responder los argumentos de inconformidad presentados por el recurrente o recurrentes, sin que le sea dable incluir aquellos que no han sido objeto de impugnación, a no ser que se encuentren inescindiblemente vinculados con estos o sea necesario un pronunciamiento de fondo sobre otros aspectos con el fin de preservar el principio de legalidad y el debido proceso, respetando en todo caso la prohibición de la reformatio in pejus cuando el procesado sea apelante único.

En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“Lo anterior tiene razón jurídica procesal, en tanto que el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los intervinientes aduzcan frente a sus pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la

actividad probatoria. Dentro del tal premisa, se impone entonces colegir que el sentenciador de segundo grado, frente a la inconformidad del impugnante, debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales.”¹³

3. Dentro de este contexto y de acuerdo con los reproches planteados por la recurrente en la sustentación de la impugnación, en el presente asunto, el problema jurídico consiste en establecer sí, acorde con el acervo probatorio debidamente recaudado en la actuación, existe el conocimiento más allá de toda duda, respecto de los elementos estructurales del tipo penal que le fue imputado a DEYBI LÓPEZ ARIZA, concretamente en lo relativo a si P.A.D. era o no menor de 14 años para la fecha en que acaeció la relación sexual objeto de acusación.

4. Con el fin de dar respuesta a lo anterior debe tenerse en cuenta que DEYBI LÓPEZ ARIZA fue acusado por la presunta comisión del delito de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años Agravado, en el que, de acuerdo con el artículo 208 del Código Penal, incurre quien acceda carnalmente a persona menor de 14 años, mientras que, al tenor de lo preceptuado en el numeral 2 del artículo 211 ibídem, dicho ilícito es agravado cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

Por lo tanto, para la configuración de la referida conducta punible es indispensable que el sujeto pasivo de la misma, al momento de su ejecución, tenga menos de 14 años, pues el legislador consagró como

¹³C.S.J. casación penal del 11/04/2007 proceso 26128 M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

presunción de derecho, es decir, que no admite prueba en contrario, que una persona menor de esa edad carece de la madurez y la capacidad mental necesarias para disponer libremente de su sexualidad, lo que implica que aunque la víctima hubiese consentido o accedido voluntariamente al encuentro sexual, en todo caso, se materializa la infracción penal en comentario¹⁴.

En este orden de ideas, en la eventualidad que la presunta víctima sea mayor de 14 años para la época en que sostuvo las relaciones sexuales y las mismas se consumaron de manera absolutamente libre y voluntaria, sin que hubiese existido ningún tipo de coacción o violencia, ni física ni psicológica, ni la accedida carnalmente se encontrara en incapacidad de resistir o haya sido puesta en tal situación, el comportamiento resultaría atípico y en esa medida, el procesado no sería penalmente responsable.

5. En consecuencia, al tenor de lo preceptuado en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, para emitir una sentencia condenatoria por el punible materia de esta actuación, es imprescindible que se acredite, más allá de toda duda razonable, entre otros aspectos relevantes, que la presunta abusada sexualmente contaba con menos de 14 años de edad para la fecha de los hechos, carga probatoria que ineludiblemente recae en el Ente Acusador, en aplicación del principio de presunción de inocencia y su correlato del in dubio pro reo.

Sobre tal tópico, la Corte Suprema de Justicia ha señalado¹⁵:

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados 33006 del 17 de agosto de 2011, 49121 del 30 de noviembre de 2016, 49845 del 1 de noviembre de 2017 y 50889 del 6 de mayo de 2020.

¹⁵ Auto del 31 de julio de 2013, radicado 40634, Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

“Indudablemente que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos¹⁶.

Ese principio fundamental se sustenta porque en un Estado Social de Derecho corresponde, en principio, al ente estatal competente la carga de probar que una persona es responsable de un delito o participó en la comisión del mismo, principio que se conoce como onus probandi incumbit actori, y que conlleva a que la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador se encamine a derruir esa presunción de inocencia de que goza el acusado, mediante el acopiamiento de pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación.

Bajo esa lógica, no es obligación del procesado desplegar actividades encaminadas a acreditar su inocencia, pues ello conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, ya que, se reitera, es el ente acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Ello significa, a la luz del principio del in dubio pro reo, que si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al implicado, pues toda duda debe resolverse a su favor” (Negrillas fuera de texto).

6. En este caso en concreto, tal y como lo concluyó la A quo en la sentencia impugnada, la Fiscalía incumplió con el aludido deber procesal, toda vez que con el acervo probatorio legalmente recaudado en el juicio oral NO se encuentra demostrado, con certeza racional, que P.A.D. era menor de 14 años cuando fue accedida carnalmente, con su consentimiento libre y voluntario, por parte del aquí acusado DEYBI LÓPEZ ARIZA, siendo dable resaltar que a instancia de la Fiscalía solamente se practicaron los testimonios de GLADYS PATRICIA GÓMEZ LÓPEZ, YUDY MILENA DÍAZ PUCHIA y DERLY JOHANA GARCÍA BEDOYA, con quien se incorporó el

¹⁶ “Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 8-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”

informe de investigador de campo de fecha 30 de agosto de 2012 y el CD que contiene la entrevista forense realizada a P.A.D.; mientras que por parte de la defensa no se practicó prueba alguna.

7. En cuanto a la valoración de ese acervo probatorio, debe resaltarse, en primer lugar, que la Cognoscente, en la sentencia impugnada, consideró que la entrevista recepcionada a P.A.D., el 17 de agosto de 2012, en cámara Gesell, por parte de la Dra. DERLY JOHANA GARCÍA BEDOYA psicóloga del C.T.I. Delitos Sexuales de Bogotá D.C., constituye prueba de referencia admisible, de conformidad con lo normado en el literal e del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, adicionado por la Ley 1652 de 2013, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-177 de 2014, y porque además, la víctima, por sus condiciones especiales no pudo ser ubicada, dado que permanece en la calle por su adicción a los fármacos; aspecto que no fue cuestionado por las partes.

Así mismo, no existe duda alguna respecto a que P.A.D. y el procesado DEYBI LÓPEZ ARIZA sostuvieron una relación sexual, con el consentimiento de P.A., en la casa de los abuelos maternos de la menor, ubicada en la vereda San Rafael del municipio de Guavatá (Santander), consistente en un acceso carnal vía vaginal, toda vez que esta situación fáctica no fue controvertida por los sujetos procesales, pues la inconformidad de la apelante con la decisión de instancia radica únicamente en lo referente a la edad de la presunta víctima para la data en que se produjo el aludido encuentro sexual y además, tal y como lo concluyó la Falladora de primer grado, el comportamiento desplegado por LÓPEZ ARIZA se encuentra debidamente demostrado en la actuación con la entrevista forense

rendida por P.A.D., la que se reitera fue admitida como prueba de referencia por parte de la Juez de conocimiento, y con el testimonio de YUDY MILENA DÍAZ PUCHIA, progenitora de la citada menor.

8. En lo relativo al punto concreto de disenso, esto es, la edad del sujeto pasivo para el momento de los acontecimientos, P.A.D., en la entrevista rendida ante la Dra. DERLY JOHANA GARCÍA BEDOYA psicóloga del C.T.I. Delitos Sexuales de Bogotá D.C., **relató que fue accedida carnalmente por el acusado cuando tenía “12 años”**, fijando como referente de la fecha en que acaeció ese hecho, el bautizo de sus hermanos menores, es decir, de los otros hijos de YUDY MILENA, al señalar expresamente que *“fue el mismo día del bautizo de mis dos hermanitos... en diciembre...”* **PSICÓLOGA:** *A. cuando entramos la primera vez tú me dijiste que eso había pasado el día que bautizaron a tus hermanitos. A.: creo que fue el 8 de diciembre”,* sin que especificara el año.

Por su parte, YUDY MILENA DÍAZ PUCHIA, en su testimonio en el juicio oral, afirmó que la relación sexual entre su hija P.A. y su entonces compañero sentimental DEYBI LÓPEZ ARIZA **ocurrió cuando la menor tenía “de 11 a 12 años”**, ubicando también la data de tal suceso para la época en que fueron bautizados sus dos hijos menores y al ser interrogada por la Fiscalía si recordaba cuándo estaban haciendo los preparativos para dicho bautizo, contestó, sin dubitación alguna, que *“fue para el 7 de diciembre del 2009”*.

En este punto es necesario resaltar que la edad exacta de P.A.D. no fue acreditada, por parte del Ente Acusador con prueba directa, toda vez que aunque la Fiscalía descubrió, enunció y solicitó como medio de convicción el registro civil de nacimiento de la aludida menor,

omitió la incorporación en el juicio oral de dicho documento, sin que la progenitora de la presunta víctima en su testimonio hubiese indicado la fecha de nacimiento de su hija, ni este hecho tampoco fue objeto de estipulación probatoria entre las partes, grave falencia que no podía ser subsanada, como equivocadamente lo hizo la A quo, acudiendo a la copia simple del registro civil de nacimiento de P.A. que fue allegada como anexo del poder de la representante judicial de víctimas¹⁷, en razón a que, se reitera, la misma no fue debidamente introducida al juicio, quebrantándose así el principio de inmediación consagrado en el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal en los siguientes términos: *“En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento...”*.

No obstante lo anterior, la fecha de nacimiento de la presunta víctima puede ser inferida razonablemente a través de prueba indiciaria o indirecta, toda vez que P.A.D., en la entrevista forense que se le practicó el 17 de agosto de 2012, aseguró expresamente que para esa fecha tenía 16 años, los cuales cumplió **el 31 de octubre**, sin que precisara en que año, siendo dable deducir lógicamente que hacía alusión al año anterior, es decir, al 2011, de tal manera que si P.A. cumplió 16 años el 31 de octubre de 2011, efectuando la correspondiente operación matemática, es dable concluir que **nació el 31 de octubre de 1995**, lo que, a su vez, permite colegir que para el 7 de diciembre de 2009, data en la que según su progenitora ocurrió el episodio sexual con el acusado, **la presunta víctima tenía 14 años 1 mes y 7 días y no 12 años como también lo afirmaron las citadas deponentes.**

¹⁷ Folios 8 y 9 de la Carpeta de Elementos Materiales Probatorios y Evidencias Físicas

Ahora bien, los testimonios de GLADYS PATRICIA GÓMEZ LÓPEZ, psicóloga de la Comisaría de Familia de la localidad Rafael Uribe Uribe de Bogotá D.C., y DERLY JOHANA GARCÍA BEDOYA, psicóloga del C.T.I. Delitos Sexuales de Bogotá D.C., no realizaron aporte alguno en lo atinente a la edad de P.A.D. para la fecha de los hechos, como quiera que no les consta nada al respecto, limitándose la primera declarante a informar que la señora YUDY MILENA DÍAZ PUCHIA acudió a esa Comisaría de Familia a reportar una situación de violencia intrafamiliar con el señor LÓPEZ ARIZA y que su hija había sido víctima de un presunto abuso sexual por parte de su padrastro; mientras que la Dra. GARCÍA BEDOYA se refirió a la existencia de la entrevista forense que le recibió a P.A., así como a todas las circunstancias que rodearon su práctica, el estado anímico, el comportamiento y el lenguaje no verbal de la menor durante el desarrollo de la misma.

9. Así las cosas, el acervo probatorio recaudado en el presente proceso, analizado individualmente y en conjunto con base en las reglas de la sana crítica, no permite determinar, más allá de toda duda, la edad de P.A.D. para el momento en que fue accedida carnalmente por parte del procesado DEYBI LÓPEZ ARIZA, elemento estructural del tipo penal previsto en el artículo 208 del Código Penal, el cual le fue endilgado por la Fiscalía en el acto complejo de la acusación (escrito y formulación oral), toda vez que los respectivos medios de convicción, de una parte, indican que la presunta víctima era menor de 14 años cuando tuvo el encuentro sexual con su entonces padrastro, mientras que, por otro lado, en forma contradictoria y anfibológica, también permiten concluir que ya había superado tal edad para ese momento, circunstancia que

tornaría en atípica la aludida conducta punible, máxime si se tiene en cuenta que ni en los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la acusación, ni en las pruebas se da cuenta de que la pluricitada relación sexual se hubiese materializado sin el consentimiento de la menor, o mediante algún tipo de presión o violencia física o psicológica o colocándola en incapacidad de resistir o aprovechándose de tal situación; sin que la incertidumbre que se generó en el aspecto en comento se hubiese podido dilucidar con las probanzas recaudadas en el juicio oral.

Dentro de este contexto, resulta procedente darle aplicación a los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, consagrados en los artículos 29 de la Constitución Nacional y 7 del Código de Procedimiento Penal. Sobre estos postulados, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó¹⁸:

“En el marco del derecho penal las garantías procesales se condensan básicamente, aunque no en forma exclusiva, en los principios establecidos en el Capítulo Preliminar del estatuto procesal¹⁹, los cuales dotan de contenido y legitiman el ejercicio del *ius puniendi*, en tanto constituyen barreras de contención a la facultad punitiva del Estado y al arbitrio judicial, **finalidad que determina su aplicación obligatoria y prevalente sobre todas las demás normas de procedimiento**, y como fundamento de interpretación para la resolución de cada asunto.

En el que ocupa la atención de la Corte interesa atender con prioridad **el principio rector de presunción de inocencia**, previsto en el artículo 29 Superior y desarrollado por el 7º de la Ley 906 de 2004²⁰, de la siguiente manera:

¹⁸ Sentencia del 8 de septiembre del 2015, radicado No. 39.419 (SP12772-2015), Magistrado Ponente: Dr. JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ.

¹⁹ Artículos 1 a 27

²⁰ En el mismo artículo, aunque con menor riqueza descriptiva lo establece la Ley 600 de 2000.

“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.”

Por definición, la presunción aludida tiene vigencia durante toda la actuación, hasta tanto quede en firme la decisión definitiva, adoptada dentro de un proceso con todas las garantías, en el que se declare la responsabilidad del acusado, **lo cual sólo es posible con apoyo en las pruebas practicadas en el juicio**, o las que convaliden la admisión de responsabilidad por parte del implicado, imputado o acusado, cuando voluntariamente opte por finalizar en forma prematura la actuación. **En uno y otro caso, bajo la condición de que se trate de medios de convicción recaudados y practicados de manera legal, regular y oportuna, es decir, con base en pruebas allegadas válidamente al proceso.**

De esa manera, la presunción de inocencia, en la forma como lo establece expresamente el ordenamiento procesal penal y lo corroboran diversos tratados de derechos humanos, constituye regla básica en cuanto a la carga de la prueba, ya que **le corresponde al Estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, probar que “una persona es responsable de un delito, produjo el daño, o participó en la comisión del mismo...”**²¹

En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo séptimo del Código de Procedimiento Penal, con claridad precisan que *“corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal, y que “En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”*. Es decir, **el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia**, pues es función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 8-2).

Incluso, el Estatuto de Roma prevé esta garantía fundamental e indeclinable en todos los asuntos de su competencia, al precisar en el artículo 66 que: i) *“Se presumirá que toda persona es inocente mientras no*

²¹ Cfr. Corte Constitucional sentencia C-205-03

se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable”, ii) “Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado”, y iii) “Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.”

Se tiene, de esa manera, que **en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito.** Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, **exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor.** *“Esto es así, porque ante la duda de la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio de in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.”*²² (Resaltados fuera de texto)

Específicamente, en cuanto a la aplicación del principio de in dubio pro reo, el Alto Tribunal indicó²³:

“Es que el axioma de in dubio pro reo, como concreción de la garantía de presunción de inocencia, se traduce en un estadio cognoscitivo en el que en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate. En esa medida, en los supuestos de duda se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones, las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas de las categorías jurídico-sustanciales discutidas dentro del proceso penal.”

De ahí que en orden a la consolidación de éste instituto y su correlativa aplicación, la labor fundamental no está dada ni puede quedarse simplemente en identificar las circunstancias de perplejidad, sino que, por el contrario, se debe proceder a discernir hacia dónde se inclina la balanza de exclusiones, es decir, se deberá formular la pregunta y resolverla determinando si los

²² Sobre el punto, véase Corte Constitucional sentencias C-252-01, C-774-01, C-416-02, y C-205-03.

²³ Sentencia del 24 de junio del 2009. Rad. 26909 M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

contenidos probatorios de cargo tienen la capacidad de excluir de manera total o parcial a los descargos o a la inversa, pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal.

Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de hipótesis, sino de hechos probados, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración conduzcan a una sola verdad, o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, unos de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia.” (Resaltados fuera de texto).

Acorde con dichas premisas jurisprudenciales, en el presente asunto, se plantearon dos hipótesis, la primera de ellas por parte de la Fiscalía, consistente en que P.A.D. **tenía 12 años de edad** cuando fue accedida carnalmente, vía vaginal, por parte de DEYBI LÓPEZ ARIZA; y la segunda tesis, la que fue acogida en la sentencia impugnada, según la cual, dicho hecho sucedió en diciembre de 2009, **cuando la menor ya era mayor de 14 años**; sin que en el juicio oral se hubiese demostrado más allá de toda duda, alguna de esas teorías, las cuales quedaron únicamente en el ámbito de la probabilidad, dado que, tal y como se expuso en precedencia, P.A. manifestó en la entrevista forense que el pluricitado encuentro sexual se llevó a cabo cuando ella tenía 12 años, aserto que coincide parcialmente con lo narrado por su progenitora, al indicar que para esa época su hija era apenas una niña de “entre 11 o 12 años”, lo que,

debido a que P.A. nació el 31 de octubre de 1995, ubicaría el acceso carnal entre los años 2006 y 2007; sin embargo, tanto la presunta víctima como YUDY MILENA DÍAZ PUCHIA indicaron que ese hecho de contenido sexual acaeció durante el bautizo de los dos hermanos menores de P.A., el que, según lo manifestado enfáticamente por YUDY MILENA en su testimonio, se efectuó en diciembre de 2009, época en la que P.A.D. ya era mayor de 14 años y por ende, se encontraba facultada legal y psicológicamente para disponer libremente de su sexualidad, debiéndose resaltar que, en unidad de criterio con lo argumentado por la Cognoscente en el fallo recurrido, acorde con las reglas de la experiencia, las progenitoras suelen recordar con precisión la fecha de los eventos familiares o sociales que resultan de trascendencia o de alguna significación respecto de sus hijos, como por ejemplo su bautizo, de tal forma que resulta altamente probable que efectivamente la fecha suministrada por la referida testigo fue en la que realmente se produjeron los hechos materia de este pronunciamiento, dato sustancial que por lo tanto no es viable desechar.

Aunado a ello, la indeterminación frente al año en que se consumó la situación fáctica materia del presente pronunciamiento es de tal entidad que ni siquiera la propia Fiscalía tenía claridad sobre este tópico, dado que en la formulación de imputación aseveró que el presunto abuso sexual ocurrió en diciembre de 2009, mientras que en la acusación señaló que fue en el 2008, indicando igualmente en este último acto procesal que P.A. en esa data tenía 12 años, lo que tampoco corresponde con la realidad, puesto que, dado que dicha menor nació el 31 de octubre de 1995, para diciembre de 2008 tendría 13 años y no 12, como lo aseguró erróneamente el Ente Investigador, tanto en la acusación como en la alzada, por lo que acorde con lo

planteado por la defensa en los alegatos de conclusión, en este caso no existe certidumbre acerca de si los hechos ocurrieron en el 2006, 2007, 2008 o 2009, circunstancia que, se insiste, no fue probada en la actuación con certeza racional, a pesar de que se trataba de un elemento fundamental del delito endilgado al procesado.

Por consiguiente, se reitera, no hay otra alternativa que resolver la referida duda a favor del procesado, con sustento en el principio de presunción de inocencia, pues, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *“ante la falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia, ha de acudirse al amparo del apotegma in dubio pro reo, expresamente consagrado en el vigente ordenamiento procesal penal en su artículo 7º, para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora más grave que el de absolver a un eventual responsable, pues, la justicia es humana y, por lo mismo, falible; de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena ha de estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria”*²⁴.

10. Cuestión Final:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado de manera reiterada y pacífica que, tanto en la imputación como en la acusación, la Fiscalía tiene la ineludible carga procesal de realizar, en un lenguaje comprensible, una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes (artículo 337 de la Ley 906 de 2004), premisa fáctica que debe incluir todos los elementos estructurales de la respectiva conducta punible (objetivos y subjetivos), al igual que los

²⁴ Sentencia de Casación del 24 de junio de 2009, proferida dentro de la Radicación No. 26909.

que correspondan a las circunstancias genéricas y específicas de mayor o menor punibilidad, en otras palabras, todos los supuestos fácticos que puedan subsumirse en las normas penales aplicables al caso²⁵.

De igual modo, el órgano de cierre de la Jurisdicción Penal afirmó que, en la imputación y en la acusación, se ha arraigado la mala práctica, por parte de la Fiscalía, de confundir y entremezclar los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores y los medios de prueba, e incluso hacer alusión a los prospectos probatorios recaudados en la indagación, lo cual podría afectar la claridad de los cargos endilgados al procesado, por lo que *“en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, se cumplieron los objetivos de la diligencia, especialmente, si al imputado se le brindó información suficiente acerca del componente fáctico de los cargos y sobre la calificación jurídica del mismo”* (CSJ SP2042-2019, Rad. 51007), o en otras palabras, si el enjuiciado tuvo la posibilidad de conocer la acusación, tanto fáctica como jurídica, y en esa medida, contó con la oportunidad de ejercer en debida forma su derecho de defensa frente a la misma.

En el presente asunto, el Ente Investigador incurrió en esa *“mala práctica”*, toda vez al construir los hechos jurídicamente relevantes, en el escrito de acusación, se refirió a varios fragmentos de la noticia criminal o denuncia y de la entrevista forense rendida por la presunta víctima, es decir, hizo alusión al contenido de algunos de los actos de investigación, circunstancia que le restó claridad y concreción a los cargos formulados, pues en algunos apartes señaló que se trataba de tocamientos, en otros, que el procesado y la menor habían tenido relaciones y finalmente que aquel había abusado de la niña, sin que

²⁵ Ver, entre otras, sentencias del 23 de noviembre de 2017, radicado No. 45899 (SP19617-2017) y del 5 de junio de 2019, radicado No. 51007 (SP2042-2019), Magistrada Ponente: Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.

señalara las circunstancias modales de ese encuentro sexual; además, incluyó hechos que podrían configurar indicios que, por ende, no se subsumen en la correspondiente descripción típica.

Sin embargo, en este asunto en concreto, dichas inconsistencias no dan lugar a la invalidación de lo actuado, en atención al sentido absolutorio de la presente decisión, pero se le hace un respetuoso llamado de atención a la Fiscalía para que al momento de elaborar los hechos jurídicamente relevantes, en la imputación y/o en la acusación, según el caso, tenga en cuenta todas las reglas que al respecto han establecido la Ley y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

11. En conclusión, la deficiente actividad probatoria del Ente Acusador no le permitió a la judicatura llegar al conocimiento más allá de toda duda razonable, imprescindible para proferir una sentencia condenatoria, respecto de uno de los componentes estructurales de la conducta punible de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años, tipificada en el artículo 208 del Código Penal, esto es, la edad de la presunta víctima para el momento de los hechos objeto de la acusación, aspecto que la Fiscalía incluso se encontraba en posibilidad de dilucidar en una u otra dirección, interrogando al respecto a YUDY MILENA DÍAZ PUCHIA, quien compareció a declarar al juicio oral, con el fin de que aclarara la pluricitada inconsistencia; de tal forma que se confirmará el fallo apelado.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, Sala Penal de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia materia de apelación, acorde con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Contra la presente decisión **procede el recurso extraordinario de casación**, que deberá interponerse por las causales que señala el artículo 181 de la Ley 906 del 2004, dentro del término previsto en el artículo 183 ibídem, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 2010, esto es, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

TERCERO: NOTIFICAR este proveído a las partes e intervinientes, a través de sus correspondientes correos electrónicos²⁶, o, en su defecto, por medio de cualquier tecnología de la información y la comunicación TIC idónea para tal fin, para lo cual se deberá adjuntar en su integridad la presente providencia. Lo anterior teniendo en cuenta la coyuntura generada por la pandemia del covid19 o coronavirus.

CÓPIESE Y DEVUÉLVASE.

Los Magistrados:



LUIS ELVER SÁNCHEZ SIERRA

²⁶ Esta forma de notificación se hará con apoyo en los artículos 28 y 31 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.



MARÍA TERESA GARCÍA SANTAMARÍA

NILKA GUISSOLA DEL PILAR ORTIZ CADENA
En Compensatorios



Jonaira Farina Chaves Silva
Secretaria