

Magistrado Ponente: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

Radicación: 13001-6001128-2018-02036. No. I. G10 0012-2021

Tipo de decisión: Revoca parcialmente sentencia

Fecha de la decisión: 21 de junio de 2022.

Clase de proceso: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO.

PRUEBA DE REFERENCIA /Se puede catalogar como prueba de referencia a toda declaración realizada por fuera del juicio oral, que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención del mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en juicio.

PRUEBA DE REFERENCIA/ Admisión e incorporación.

MECANISMOS PARA LA INCORPORACIÓN DE LAS VERSIONES DE MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES/ La Fiscalía como órgano encargado de ejercer la acción penal, debe sujetarse al cumplimiento del principio pro infans, así mismo debe tomar todas las medidas a su alcance para que las entrevistas realizadas a los niños por fuera de la audiencia de juicio oral sean adecuadamente documentadas, para evitar que sean revictimizados y de igual forma para que la defensa pueda ejercer de mejor manera sus derechos y para que el juez tenga mejores elementos de juicio para valorar el testimonio del menor.

DECLARACIÓN ANTERIOR RENDIDA POR MENOR DE EDAD ABUSADO/ PRUEBA REFERENCIA/ La declaración anterior rendida por un menor de edad abusado, puede ingresar a juicio en calidad de prueba de referencia admisible, conforme a la vía excepcional que ha cimentado la ley y la jurisprudencia, pero también, esta podrá ingresar convocándole de manera directa al juicio, sin que ello quiera significar que ambos medios probatorios resulten incompatibles o excluyentes.

OMISIÓN / Clasificación y elementos genéricos.

OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN/Propósito y elementos.

DEBER DE GARANTE/ Definición, fundamentos y bienes protegidos.

DEBER DE GARANTE/ Teorías.

DEBER DE DENUNCIA DE LOS DELITOS EN CONTRA DE MENORES DE EDAD/Alcance y pronunciamiento jurisprudencial.

FUENTE FORMAL/Artículos 381, 437, 438 de la Ley 906 de 2004, artículos 25, 67, 68, 447 del C.P., art. 33 Constitucional

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ CSJ AP, 30 abr. 2019, rad. 49701, CSJ AP, 30 Sep. 2015, ad. 46153, Ley 1652 de 2013, T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en las sentencias CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, C-848 del 2014 Rad. 32868; CSJ SP, 19 agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, Cfr. SP3332-2016, SP14844-2015, 28 oct. 2015, rad.44056.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA SALA
DE DECISIÓN PENAL**

Cartagena de Indias, D. T. y C, veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022).

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL

RADICACIÓN:	13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL:	G10 0012-2021.
PROCEDENCIA:	JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.
PROCESADOS:	SANTIAGO ENRIQUE TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL REALES MIRANDA
DELITO:	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA:	APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO:	LEY 906 DEL 2004.
APROBADO:	ACTA N° 106.

1. VISTOS.

En esta oportunidad, examina la Sala los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y el Representante de víctimas, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena el día 16 de julio de 2021, a través de la cual, absolvió al señor **Santiago Enrique Torres Jiménez** como autor del delito de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo* y a la señora **Mélida Isabel Reales Miranda** como autora, bajo la modalidad de comisión por omisión del mismo punible.

2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES.

Los hechos jurídicamente relevantes extraídos del Escrito de Acusación se sintetizan de la siguiente manera:

El día 15 de febrero de 2018 la señora *Dolores Blanco Vásquez* tía paterna de la menor S.L.B.R₁ a la sazón de 9 años de edad, instauró una denuncia en contra

¹ De conformidad con el artículo 153 & art 47 del código de infancia y adolescencia no se registra en este proveído el nombre de la menor víctima.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

del señor **Santiago Torres Jiménez**, padrastro de la niña, por hechos presentados entre el año 2016 y 2018.

La menor residía inicialmente con su madre biológica **Mélida Isabel Reales** y su padrastro **Santiago Torres Jiménez**, quienes convivieron por espacio de dos años; en desarrollo de dicha convivencia se registra que la primera se dedicaba a realizar labores de servicio doméstico y trabajos ocasionales en un restaurante, mientras que el segundo se desempeñaba como vigilante, por su parte la niña S.L.B.R asistía al colegio en las mañanas y en la tarde iba a la casa de sus familiares paternos, siendo regresada por estos, para pernoctar con los procesados.

Se señala en la acusación, que el señor **Santiago Torres** en horas de la noche y la madrugada, entraba al cuarto que ocupaba la menor, y en varias ocasiones, realizó acciones atentatorias contra la libertad y formación sexual de esta, consistentes en, a través de la ropa, sobarle el cuerpo con intención libidinosa, y en otras, proceder a introducir su miembro viril por la vía vaginal de la niña, actos que ocurrieron desde que esta tenía 7 años de edad.

Según relata la acusación esta situación era conocida por la señora **Mélida Reales**, en razón a que su hija se lo habría comentado, y pese a ello no tomó ninguna determinación.

3. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES.

3.1. Con fundamento en los anteriores hechos, el 25 de junio de 2018 ante el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, se legalizó la captura de **Santiago Torres Jiménez**; la fiscalía le imputó el delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años Agravado en concurso homogéneo sucesivo (Art. 208 y 211.5 del CP)* y a la señora **Mélida Isabel Reales Miranda**, el mismo reato, pero bajo la modalidad de omisión impropia (*Art. 25 del CP*). Los imputados no aceptaron los cargos.

Por petición de la fiscalía, les fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

3.2. El escrito de acusación fue presentado el 19 de octubre de 2018, y correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, unidad judicial ante la cual se formuló acusación el día 6 de diciembre de 2018 a los prenombrados en los mismos términos en los cuales fueron imputados.

3.3. Evacuada la audiencia preparatoria² y las sesiones de juicio oral³, se emitió sentido del fallo de carácter absolutorio; y, el día 16 de julio del 2021, se profirió sentencia, a través de la cual fueron absueltos por duda.

3.4. Inconformes con la decisión, la Fiscalía y el Representante de víctimas presentaron recurso de apelación, correspondiéndole su conocimiento por reparto, a esta Sala.

4. LA SENTENCIA APELADA.

El *a quo*, sostuvo que las pruebas practicadas en el juicio oral resultan insuficientes para proferir sentencia condenatoria en contra de **Santiago Torres Jiménez y Mélida Isabel Reales** dado que no brindan el conocimiento más allá de toda duda, sobre su responsabilidad penal.

Luego de compendiar la prueba practicada en el juicio oral y de realizar la valoración de las declaraciones de *Dolores Blanco Vásquez, Mercedes Martínez España, Rita del Carmen Lopera, Mélida Isabel Reales Miranda y Santiago Enrique Torres Jiménez*, concluyó que no se pudo corroborar el testimonio de la menor S.L.B.R.

Expuso que existían irregularidades en el testimonio de la menor S.L.B.R, tales como el número de ocasiones en las cuales tuvo lugar el abuso, pues “*frente*

²Se realizó en fecha única 23 de mayo de 2019.

³Se realiza en sesiones de fechas

04 de julio de 2019: se inicia juicio oral

01 de agosto de 2019: audiencia fracasada

19 de mayo de 2020: audiencia fracasada

12 de julio de 2020: audiencia evacuada

10 de noviembre de 2020: audiencia evacuada

13 de enero de 2021: audiencia fracasada

11 de febrero de 2021: audiencia evacuada

03 de mayo de 2021: audiencia fracasada

24 de mayo de 2021: terminación de juicio oral



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

a la Doctora Mercedes España, refirió que había sido abusada por su padrastro en 3 ocasiones, frente a su tía dolores mencionó que esas situaciones ocurrieron varias veces y frente a la Doctora Rita Lopera, sostuvo que sucedió en 5 ocasiones ... se evidenció que la menor agregó datos a las narraciones realizadas ante las Doctoras Mercedes España y Rita Lopera, en comparación a lo narrado a su tía, con respecto a la forma del abuso, obviando mencionarle a la señora Dolores Blanco que había sangrado producto del accedo(sic) y que había pedido a gritos auxilio durante todo ese tiempo”. Del mismo modo resaltó que la menor solo le manifestó a la Dra. Lopera un abuso sexual del que había sido víctima con duración de dos horas desde las 3:00 a.m. a las 4:50 a.m., sin que nadie se percatara de lo sucedido, por lo tanto, concluyó que, ante estas variaciones, no era posible corroborar su dicho.

Estableció que la menor dijo haber sido amenazada por su padrastro con una escopeta, lo cual riñe con lo manifestado por el procesado quien no usaba esa clase de arma con ocasión a su trabajo como vigilante, sino que portaba revolver, además porque, según las reglas de la experiencia, una menor a esa edad tiene la capacidad de diferenciar estos tipos de armas.

Respecto a la anamnesis, en lo que atañe al relato de la menor en ella, estableció que no era posible tenerla como prueba de referencia, pues no cumplió con el trámite señalado en la jurisprudencia, sea decir, el descubrimiento, incorporación y reglas que la gobiernan; no obstante la valoró y señaló que dentro de la misma se aprecia como la especialista evidenció respaldo afectivo, que apunta a que la menor estaba afectada por un evento traumático, sin que se pueda precisar que exista un trasfondo diferente al relacionado con el abuso.

No le ofreció duda alguna que la menor fue accedida, conclusión a la que arribó a partir del examen que le fue practicado, sin embargo, dijo “se debe tener certeza de que no hubo posibilidades que la menor haya sido abusada por otra persona, so pena de que realice una valoración incorrecta de esta prueba y se condene a una persona que pueda no ser responsable”.

Destacó el testimonio de **Santiago Torres Jiménez** en punto a que se mostró seguro, coherente y explicó todas las situaciones alrededor de los hechos, al tiempo que denotó la existencia de algunos problemas entre la señora *Mélida Reales* y la familia de su ex esposo, pues este no le ayudaba con la manutención de su hija,



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

además concluyó animadversión de la señora *Dolores Blanco*, afirmando que “... *no conocía bien al señor Santiago Torres, pero luego señaló que el único error de Mélida era -haberse metido con ese hombre-, lo que sugiere un evidente rechazo hacia la nueva pareja -de esta-*”.

Le resultó llamativo que, al dicho de los dos procesados, un hijo mayor de edad de la denunciante dormía con la menor cuando se encontraba al cuidado de su familia paterna, y que la fiscalía debió esclarecer el papel de este familiar, pues no resultó de su recibo, que una menor de escasos 9 años duerma a solas en un cuarto con un adulto, puesto que afirma que “*las reglas de la experiencia indican que la mayoría de los abusos pueden provenir de familiares cercanos*”.

Aunado a que, conforme a las reglas de la experiencia los menores en algunas ocasiones son proclives a levantar falsas acusaciones, por lo que se debía hacer un análisis exhaustivo de su dicho y realizar una indagación sobre los motivos por los cuales mentiría, ya que en este caso no se hizo valoración psicológica ni psiquiátrica por parte de la fiscalía.

Finalmente, concluyó que existen razones para pensar que la menor fue manipulada, pues del testimonio de la señora *Dolores Blanco*, estableció que “*sentía mucho apego por la niña y hacía lo posible por quedarse el mayor tiempo con ella, además la misma tía, de acuerdo con los testimonio (sic) que se escucharon, no tenía buena relación con la señora Mélida Reales, ni tampoco veía con buenos ojos la relación que esta tenía con el señor Santiago Torres Martínez (sic)*”, así mismo, que esta, denunció justo cuando la procesada le narró que sospechaba que su hijo mayor de 20 años pudo haber accedido a la menor por dormir desde hace mucho tiempo con esta, encontrando el *a quo* un móvil válido de manipulación.

Por lo tanto, absolvió por duda a los coprocesados.

5. DE LA APELACIÓN.

5.1. Fiscalía.

El ente acusador solicita que se revoque el fallo emitido en primera instancia, toda vez que, a su parecer, las pruebas practicadas resultaron suficientes para



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

llegar al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad penal de los procesados.

Resalta que el funcionario judicial llama al procesado **Santiago Enrique Torres Martínez**, cuando en verdad, su último apellido es **Jiménez**.

Como primer punto sustancial, señala que la versión de la menor permanece incólume en el devenir de las exposiciones de los testigos y de la perito, amén que nunca variara su dicho o atribuyera a cualquier otro sujeto la responsabilidad de la conducta, ello es, que su padrastro la accedió carnalmente de manera reiterada, tanto vaginal como analmente, amenazándola con lesionar a su familia con una escopeta si contaba lo sucedido, y que al contarle a su madre esta no le creyó, sino que la culpó por ser ella quien lo provocaba.

Señala que las aparentes contradicciones de la víctima no son de relevancia, pues si bien ante la médica reveló que fueron 5 las oportunidades en las que fue accedida, a la psicóloga le dijo que 3 y a la tía -varias veces-, lo esencial es que la conducta fue realizada por el aquí procesado, y que la madre de esta estuvo enterada.

En punto a la manifestación del *a quo* respecto a amenazas con una escopeta por parte del procesado, censura que es inconcebible la regla de la experiencia fundada por el funcionario, pues, es una clara vulneración al principio *pro infante* ubicar a una niña de 8 años como conocedora de armas, al tiempo que esta jamás indicó que el procesado le mostró el arma, solo que la amenazaba con ello.

Aunado a lo anterior, considera que no existe elemento que acredite manipulación a la menor.

En otro apartado, analiza el testimonio de la señora *Dolores Blanco*, en punto a que fue enfática al puntualizar aspectos relevantes, tales como: (i) que toda la familia paterna cuidaba de la menor desde que nació, con su tía *Yaneth Blanco* que siempre la tuvo a cargo, (ii) que no hubo ningún problema con la señora Mérida, pues en últimas ella recogía a la menor del colegio y la cuidaba en las tardes; (iii) no se advierte en su testimonio que Mérida le hubiese dicho que desconfiaba de ella y afirmara que su hijo mayor durmiera con la hija, como



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

tampoco del dicho de Mérida, (iv) la denunciante profesaba admiración hacía la procesada y no había animadversión por deudas alimentarias de su hermano.

En lo tocante al testimonio de la doctora *Rita Lopera*, lo encuentra corroborante de la responsabilidad de los procesados, considerando que esta debe ser valorada, como prueba pericial, y en consecuencia, pertinente ventilar sobre los resultados y conclusiones de dicha pericia, que guardan relación con el dicho de la menor, teniendo en cuenta que el mismo fue incorporado en su integridad con el testimonio de la profesional, al finalizar su intervención en juicio, por lo que no valorar en ese contexto, no es de recibo.

Paradójicamente, expone que el dicho de la menor en la anamnesis sí fue valorado por el *a quo*, estableciendo que su dicho en esa pericia, es corroborante de las situaciones que vivenció, lo cual está también afianzado con el testimonio de la psicóloga *Mercedes Martínez España*, con quien además se acreditó el vínculo de parentesco, la afinidad de la menor con el núcleo familiar de los procesados y la edad de esta.

Sobre la entrevista practicada a la menor señala que, se aprecia una niña desvalida, inocente, sin malicia en su narración, que incluso justifica a su madre, sin que exista motivo para que hubiese declarado falsamente, por el contrario, se muestra un relato coherente y creíble.

Analizó el testimonio de los procesados, iniciando por la señora **Mélida Isabel Reales Miranda**, de quien extrajo que conoció al señor **Torres Jiménez** el 1 de julio del 2016, y se fueron a vivir el 6 de agosto de ese mismo año, incluyéndolo en su núcleo familiar, donde tenía el deber de cuidado de su hija, también indicó que fue informada por su excuñada de los abusos, no lo cuestionó y siguió pernoctando con su pareja, guardando silencio ante preguntas tales como porque no acudió a las autoridades incluso a denunciar al hijo de su excuñada, lo cual da al traste con el argumento defensivo avalado por el Juez, pues si no se indagó sobre otros planteamientos, era porque el dicho de la menor emergía contundente.

Añade que, a la procesada le fue puesta entrevista para impugnar credibilidad, en punto a que no le creía a su hija por ser una mujer de fe respecto



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

a su marido, además que no reclamó ante las autoridades que le dieran la custodia de su hija.

Censuró igualmente el testimonio del procesado **Santiago Enrique Torres Jiménez**, pues se dejó de lado aspectos por el declarados como lo era que el apartamento donde vivía con **Mélida** y la menor estaba en un quinto piso, que para la época no tenía vecinos, y que se quedaba a solas con la niña en las tardes o en las mañanas, en muchas oportunidades encerrados, que la niña se le tiraba encima, que fastidiaba, lo que genera un indicio de oportunidad.

Concluye que cada uno de los deponentes, corroboran el dicho de la menor, conforme a las actividades y aspectos de los que participaron, por lo tanto, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, y en su lugar se profiera condena en contra de los procesados en el siguiente orden: al señor **Santiago Enrique Torres Jiménez** se le condene como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado por el Art. 211.5 CP por el grado de afinidad, en concurso homogéneo y sucesivo; y a la señora **Mélida Isabel Reales Miranda** como autora, bajo la modalidad de comisión por omisión del mismo punible agravado.

5.2. Representante de víctimas.

En similar tónica, el representante de víctimas, deprecia que se revoque la decisión de primera instancia, pues, el *a quo* se equivocó al no valorar los testimonios de referencia de la menor en la anamnesis, y del dicho de esta en cámara Gesell; cuestiona las supuestas anomalías encontradas en la declaración de esta, así como la no probada animadversión o manipulación de la tía paterna *Dolores*, igual, como el análisis especulativo del responsable del delito, contrariando con ello el señalamiento claro que hace la menor.

Frente al supuesto móvil de animadversión, el representante de víctimas esboza que afirmar su existencia sin prueba, es una conjetura desprovista de valoración y análisis, tomando en cuenta además que se trata de delitos a puerta cerrada.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

Alude que no es cierto el juicio de confusión valorativa que entiende el *A quo* de algunas situaciones aisladas del contexto traumático de los hechos, cuando el responsable al unísono ha sido demarcado con las pruebas de referencia admisibles, así como la experticia sexológica que encontró delito en la humanidad de la menor.

Por lo anterior, concluye que se declare responsable penalmente a los acusados y como tal se revoque la sentencia de primer nivel.

5.3. No hubo pronunciamiento de no recurrentes.

6. CONSIDERACIONES.

6.1. Competencia. Según lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley 906/2004, es la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, la competente para conocer de las apelaciones contra las sentencias proferida por los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena, como en efecto lo es el Juzgado Segundo de esta urbe.

La competencia de este Tribunal, opera en virtud del principio de limitación inherente a los medios de impugnación, siendo restringido a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente le estén vinculados.

6.2. Delimitación de los cargos

Auscultados los argumentos de los recurrentes: fiscalía y representante de víctimas, le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

*¿Se demostró en el juicio oral la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal, más allá de toda duda razonable, de los señores **Santiago Enrique Torres Jiménez** como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo; y de la señora **Mélida Isabel Reales Miranda** como autora, ¿bajo la modalidad de comisión por omisión del mismo punible?*



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

6.3. Precisiones iniciales.

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

Antes de abordar los argumentos expuestos por el ente acusador y el representante de víctimas, en calidad de disidentes, corresponde a la Sala precisar dos temas puntuales que necesariamente gravitan en torno a la decisión a tomar, en primer lugar, en lo que respecta a la depuración del dossier probatorio, como garantía al debido proceso; y, en segundo lugar, en lo que corresponde al desarrollo dogmático de la figura de la omisión impropia o comisión por omisión, en esa línea, se tiene:

Primero, con miras a precisar que declaraciones anteriores de la menor S.L.B.R ingresaron al juicio oral en debida forma, que constituye parte importante de los reproches de los apelantes, y que resultan susceptibles de valoración probatoria, circunscritos a **(i)** la entrevista bajo protocolo SATAC recibida a la menor el día 15 de febrero del 2018 por la profesional forense *Mercedes Martínez España*, así como **(ii)** la anamnesis descrita en el informe médico legal practicado el 16 de febrero de 2018 a la menor, dentro de la pericia radicada: VZGDSBL1216C.

A voces del Art. 16 L. 906 del 2004 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. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas, de suyo que, el Art. 379 *idem* determine que el juez debe tener como pruebas únicamente las practicadas y controvertidas en su presencia.

Como toda regla, existe una excepción, siendo ello así, el Art. 437 *idem*, trae consigo el concepto de prueba de referencia, siendo esta *“toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”*

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se ha encargado ya de amalgamar los presupuestos que debe reunir un elemento suasorio para ser considerado como prueba de referencia admisible: **“(i) una declaración realizada**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)”⁴

De cara a ser admitido por el funcionario la prueba de referencia, esta debe estar supeditada al cumplimiento de alguno de los supuestos previstos en el artículo 438⁵ *idem*, al igual que, como toda prueba, se debe cumplir con el debido proceso para su incorporación⁶, a saber: **(i)** debe descubrirse, junto con los medios que se pretendan usar en juicio para acreditar su existencia y contenido; **(ii)** debe solicitarse su decreto en audiencia preparatoria como prueba de referencia, y que se disponga la práctica de medios que acreditarán su existencia y contenido; **(iii)** Debe acreditarse alguna de las circunstancias previstas en el Art. 438 L. 906 del 2004; **(iv)** incorporar la declaración a través de los medios probatorios seleccionados por el postulante.

En el caso de declaraciones rendidas por menores de edad por fuera del juicio oral, cuando son presentadas como medio de prueba del abuso, la responsabilidad del acusado o cualquier otro aspecto relevante del tema de prueba, no cabe duda que constituyen prueba de referencia, porque (i) encajan en la definición de prueba de referencia consagrada en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, según el desarrollo jurisprudencial de la misma (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 y los pronunciamientos allí relacionados); (ii) constituyen testigos de cargo, en la medida en que las declaraciones están orientadas a soportar la acusación de la Fiscalía, lo que activa el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes han hecho la declaración, sin perjuicio de las demás expresiones del derecho a la confrontación, y (iii) la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación se ve afectada por la no comparecencia del testigo al juicio oral, principalmente cuando la defensa no tuvo la oportunidad de participar en el

⁴ CSJ AP, 30 abr. 2019, rad. 49701.

⁵ Para el caso que nos atañe: Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

⁶ CSJ AP, 30 Sep. 2015, ad. 46153.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

interrogatorio rendido por fuera de este escenario, bien controlando la forma de las preguntas, formulando los interrogantes que considere pertinentes, etcétera⁷.

De ahí que en la Ley 1652 de 2013, reguló la manera de recibir las declaraciones de menores de edad en orden a evitar su doble victimización, se fijaron reglas sobre la documentación de este tipo de declaraciones y se dispuso que las mismas constituyen prueba de referencia admisible; el mencionado canon, adicionó el literal e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, por medio del cual admite como una de las situaciones excepcionales para el ingreso de prueba de referencia, los casos en los que el declarante es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el artículo IV del Código penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.

Aunado a ello, antes de la expedición de la mentada disposición, por vía jurisprudencial se advirtió la necesidad de evitar que, en los casos de abuso y violencia sexual, los niños fueran nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio orals; ello para significar, que de tiempo atrás, la jurisprudencia ha decantado las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados sexualmente, en orden a evitar que sean nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral. El tema ha sido tratado a profundidad por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en las sentencias CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras.

Descendiendo al caso de la especie, previo examen de la audiencia de acusación de fecha 6 de diciembre de 2018 y preparatoria realizada el día 23 de mayo del 2019, puede advertirse lo siguiente:

La fiscalía, descubrió al Juez de primera instancia, la **(i)** entrevista rendida por la menor S.L.B.R bajo protocolo SATAC de fecha 15 de febrero del 2018 por la

⁷ Cfr. SP3332-2016

⁸ Cfr. SP14844-2015, 28 oct. 2015, rad.44056.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

profesional forense *Mercedes Martínez España*, en audiencia preparatoria solicitó como prueba de referencia conforme al literal E del Art. 438 *ídem* dicha declaración anterior, e indicó que se acreditaría su existencia y contenido a partir de la psicóloga que la recibió quien explicaría los métodos y circunstancias en las que la misma tuvo lugar, deprecando que se admitiera como prueba de referencia, la que finalmente fue decretada en esos términos por el funcionario judicial.

En consonancia con lo anterior, en el juicio oral, en efecto, la prueba de referencia admisible, se practicó y se incorporó al torrente probatorio, en los términos advertidos.

Por lo tanto, se concluye sobre este medio de convicción, que sí es procedente su valoración y examen, por haberse respetado, el debido proceso probatorio.

Por otro lado, en cuanto a la **(ii)** anamnesis, descrita en el informe médico legal con serial *UBCTG-DSBL-01216-C-2018*, practicado el 16 de febrero de 2018 a la menor, encuentra el despacho que no se satisfacen las exigencias para tenerlo como prueba de referencia admisible, pues si bien, fue descubierta en audiencia de acusación, además de solicitada en audiencia preparatoria, con ocasión de los reparos expuestos por la defensa, el juez negó tal petición, atendiendo a que debería tenerse únicamente como medio de convicción la opinión pericial de la profesional *Rita Lopera*, y “no como una prueba de referencia de la anamnesis, sino como lo que tuvo en cuenta sobre el relato de la víctima respecto de la valoración que iba a hacer y de los hallazgos que encontró o no”; por consiguiente, como tal declaración no fue admitida, como prueba de referencia, carece de validez en el presente trámite y no puede ser tenida en cuenta por la Sala en el marco de la valoración probatoria.

Segundo, debe la sala abordar la figura de la omisión impropia, tal como se anunció en precedencias.

Decantadas se encuentran en nuestro Código Penal, las dos formas de ejecutar el delito: por acción o por omisión, la Sala se ocupará de esta última

⁹ La sala abordó el siguiente documento investigativo: POSADA PARDO: COMISIÓN POR OMISIÓN: ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS QUE SURGEN AL FUNDAMENTAR EL DEBER DE GARANTE EN RELACIONES DE AMISTAD., dentro del cual se afianzan y cita doctrina y jurisprudencia sobre el tópico objeto de estudio. Véase en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/55381/25898.pdf?sequence=1>



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE
CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MELIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

modalidad, la cual, a su vez, se sub estructura en omisión propia o pura y **la omisión impropia o comisión por omisión**.

La comisión por omisión tiene como propósito atribuir un resultado lesivo de un bien jurídico a una persona que omitió realizar una acción, resultado que se le atribuiría de la misma manera si fuese producto de una acción. El delito omisivo es aquel en el cual una persona incumple con el deber que le impone la norma imperativa, en consecuencia, la omisión punible siempre será la no realización de una acción.

Los elementos genéricos de la omisión son los siguientes: **(i)** la existencia de un deber en determinada persona de realizar una acción mandada o esperada; **(ii)** que la persona sobre la cual recaiga el deber se encuentre en condiciones de realizar la acción que el mandato exige; **(iii)** que el sujeto no haya realizado la acción mandada, entiéndase por esto la no realización de la acción que exige una norma imperativa o el no haber evitado la producción de un resultado lesivo para un bien jurídico¹⁰.

Ahora, Si bien los anteriores elementos, son imprescindibles para que la conducta omisiva sea típica, no son suficientes para que esta se predique, pues para ello deberán concurrir otros elementos, algunos específicos conforme al tipo penal lo demarque.

La doctrina y la jurisprudencia clasifican la omisión en propia e **impropia**, la distinción entre los tipos de omisiones es importante pues sólo de las impropias se puede predicar un deber y posición de garante, la primera atiende a toda omisión que estuviese expresa en la parte especial de un código penal, para que la omisión propia sea típica debe existir: **(i) un deber de realizar la acción mandada**, es decir, en virtud de un mandato normativo, una persona determinada tiene el deber de realizar una acción específica para defender un bien jurídico. Luego el presupuesto lógico es la existencia de aquel mandato; **(ii) debe presentarse una situación típica en virtud de la cual se desprende la necesidad de realizar la acción mandada**, las cuales son los presupuestos que el tipo penal describe y hacen imperativa la intervención de determinada persona para evitar que surja

¹⁰ Art. 25 Código Penal.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

una amenaza o peligro contra el bien jurídico que el ordenamiento busca proteger, Vg. El tipo penal de omisión de denuncia, o de omisión de socorro; **(iii)** es necesario que el sujeto que tiene el deber de realizar la acción debida **cuenta con la posibilidad real y física de realizar la acción** que le exige el mandato; es decir, en las omisiones propias, es necesario analizar en cada caso si la persona acusada de la omisión podía realizar el acto mandado, según sus posibilidades y capacidades propias y en el contexto específico en el que se encontraba; **(iv)** El sujeto activo debe abstenerse de realizar la acción tendiente a cumplir con el mandato, de lo contrario, no habría una omisión en ningún sentido.

En el escenario de las omisiones propias, el legislador no exige la evitación del resultado, sino que le basta con que se realice un intento serio de ejecutar la acción mandada por la norma, Además, es necesario que se verifique si con la omisión se aumentó un riesgo de manera jurídicamente desaprobada de cara a un bien jurídico.

Sobre el tipo subjetivo de los delitos de omisión propia, habrá que decir que nuestro Código no prevé tipos omisivos puros que puedan cometerse a título de culpa, únicamente prevé que los tipos penales de omisión propia se cometan a título doloso, de manera que, el sujeto activo debe conocer la situación típica, el mandato que le impone realizar una acción y los medios o forma para cumplirlo y voluntariamente no ejecutarlo.

Por otro lado, encontramos la **omisión impropia o comisión por omisión**, figura que, a diferencia de las omisiones propios, no se encuentran positivizados, *Schünemann* lo define como “la no realización, equivalente a la comisión, de una acción individualmente posible”, en esta modalidad, el sujeto activo incumple el deber de evitación del resultado típico, lo que lesiona el bien jurídicamente tutelado, por ficción esta afrenta se equipara a sí la hubiese realizado a partir de la comisión.

Para que una persona pueda ser considerada autor por comisión por omisión es necesario que: **(i) tenga el deber jurídico de evitar** el resultado típico que se concretó, el cual puede tener varias fuentes, verbigracia, la estrecha relación que tiene un sujeto con determinados bienes jurídicos o personas; la vigilancia de



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

fuentes de riesgo o actividades precedentes, dígame, todas aquellas situaciones que generan en el sujeto activo el deber de garante¹¹.

Los elementos de la comisión por omisión son los siguientes: **(i)** al igual que en la omisión propia, se requiere una situación típica. Como anotación a este requisito, por lo general los códigos no traen en sus descripciones típicas, artículos que se subsuman explícitamente en una comisión por omisión, entendido bajo el cual, **la situación típicamente relevante será aquella que representa un peligro significativo para el bien jurídico tutelado; (ii) la no realización de la acción de salvamento**, pues, se espera que quien tenga un deber de garante lleve a cabo la acción de evitación del resultado lesivo para el bien jurídico, lo cual constituye una exigencia mayor a la prevista para delitos de omisión propia; **(iii)**

Se requiere la producción del resultado que el mandato pretende evitar este presupuesto lo contiene el Art. 25 CP¹²; **(iv)** tal como sucede en delitos de omisión propia, se requiere que el sujeto **cuenta con la posibilidad real y física de realizar la acción de salvamento**. No se le podrá imputar un resultado a quien omite, si le era imposible, dentro de sus condiciones personales y en el contexto que se encontraba, llevar a cabo la acción de salvamento, finalmente, **(v)** es necesario que el resultado lesivo del bien jurídico se le pueda imputar al sujeto que omite la acción de salvamento.

Como resulta evidente, luego de analizar nuestro sistema de imputación, para poder imputar a un sujeto bajo la modalidad de comisión por omisión, se requiere que la omisión del sujeto activo eleve un riesgo ya existente de manera desaprobada o permita que un curso causal externo vulnere el bien jurídico que debía proteger; debido a que la omisión no puede producir causalmente un riesgo, el primer nivel de la imputación objetiva solo se podría cumplir mediante la elevación de un riesgo preexistente, **lo que tiene lugar cuando el garante estuviese encargado de la protección de un bien jurídico y permite que un riesgo, que debía evitar, vulnere el bien jurídico**.

A su turno, el deber de garante es aquel fundamento jurídico especial, que le impone a una persona determinada la obligación de proteger un bien jurídico

¹¹ Se trata de un deber especial que le impone a una persona determinada realizar acciones encaminadas a impedir la producción de un resultado lesivo contra un bien jurídico, cuya protección se le ha encomendado.

¹² “quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo...”



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

por la estrecha relación que tiene con este, en virtud al cual, deberá evitar que se produzca un resultado lesivo del bien jurídico con el cual está estrechamente vinculado.

Son entonces dos los pilares con que cuenta el derecho penal para equiparar la omisión impropia con una conducta activa **el deber de garante** y **la posibilidad cierta de evitación**.

Una de las teorías más importantes que fundamentan el deber de garante la abandera *Kaufmann*, y consiste en que los deberes de garantía surgen a raíz de las tareas que se espera que las personas realicen en situaciones determinadas, así mismo sostiene que no debería ser la equiparación el derrotero para prever esta modalidad, sino que debería la parte especial del código preverlo de manera autónoma, pese a lo cual, discrimina grupos de deberes motivados en la función de proteger determinado bien jurídico, lo son: **(i)** la estrecha vinculación familiar o análoga, los deberes por participar en comunidades de peligro y los deberes de comunidad de vida o convivencia; **(ii)** las funciones de vigilancia y control de una fuente de peligro. Sobre estas personas recae el deber de evitar resultados lesivos ocasionados por las fuentes de peligro que se les han encomendado, este grupo se compone de situaciones como: la injerencia, la vigilancia y custodia de animales peligrosos respecto de terceros, la vigilancia fuentes de riesgo que se encuentren dentro del ámbito de riesgo propio, etc.

Otra doctrina en cifra, es la de *Jackobs*, quien construye el deber de garante a partir de: **(i)** los deberes en virtud de la responsabilidad por organización son aquellos que se fundamentan en la prohibición de incidir en las esferas personales de los demás. Básicamente se trata de aquellos deberes que obligan a las personas a controlar las esferas propias de organización, manteniendo los bienes jurídicos de terceros incólumes. Entre estos deberes negativos se encuentran: los deberes generales de aseguramiento de tráfico (el control de máquinas, el cuidado de animales peligrosos de los que se es dueño, realizar actividades de riesgo como conducir), los deberes provenientes de la asunción (la niñera respecto del niño cuyo cuidado se le encomienda) y los deberes de salvamento (la injerencia); y **(ii)** los deberes en virtud de la responsabilidad institucional: son aquellos que se tienen en virtud de la función que se cumple socialmente, y con ocasión de esta se deben proteger ciertos bienes jurídicos de peligros próximo, aquí, el sujeto del



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

mandato puede tener que estar “vigilante” para proteger determinado bien jurídico contra todos los ataques, vengan de donde vengan; aquí la función de protección consiste en la “defensa de todos los flancos” del concreto bien jurídico contra peligros de todo género. Esta imposición de tareas prevalece en aquellas posiciones de garante que están reconocidas directamente en un precepto jurídico, así como en aquellas basadas en la asunción fáctica de deberes contractuales.

Serán deberes por institución aquellos deberes surgidos por roles de suma relevancia social. Estos deberes recaen sobre: **los padres respecto de sus hijos**, las autoridades respecto de la población, los médicos respecto de sus pacientes, etc.

Finalmente, otras teorías con gran influencia en la actualidad son las teorías del dominio, dentro de la cual se destaca la propuesta por *Schünemann*, quien sostiene que deberes de garante como el que surge de un padre respecto a su hijo se logra explicar por medio de la teoría del dominio, específicamente en virtud del dominio de desamparo de la víctima. Volviendo a utilizar el ejemplo de la madre que deja que su hijo recién nacido muera de inanición, en ese caso la madre tiene el dominio sobre la situación de desamparo connatural del niño y por tanto la facultad de decidir si se produce o no un resultado lesivo.

En nuestra legislación penal, específicamente en el Art. 25 se encuentra el legislador incluyó la cláusula penal, mediante la cual se equipara, a omisión con la acción, al indicar que “*quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal.*” De esta forma, se zanján los criterios que se deben verificar para equiparar la omisión con la acción.

En el tercer inciso del artículo el legislador incluye como primer fundamento del deber de garante las fuentes formales, es decir la Constitución y la ley. A continuación, incluye algunas situaciones que imponen el deber jurídico de impedir el resultado, es decir, aquellas situaciones que otorgan el deber de garante. Además de cuando haya mención sobre el deber de garante en la Constitución y la ley, se tendría deber de garante cuando una persona se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: (i) cuando se asuma



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; (ii) cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas; (iii) cuando se emprenda la realización de una actividad como un juicio de desvalor sobre el hecho prohibido –injusto penal: tipicidad y antijuridicidad— y, en segunda instancia, como un juicio individual social de exigibilidad normativa para el autor por la realización del injusto penal –culpabilidad— en virtud del cual precisamente se le atribuye como autor responsable.

Por último, el parágrafo del artículo 25 del C. P. trae una delimitación sobre los bienes sobre los cuales podrá haber deber de garante, a saber: la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales. Cualquier otro bien jurídico no podrá ser cobijado por la figura de la comisión por omisión.

6.4. Caso concreto.

El problema jurídico planteado por los recurrentes, gravita en la valoración que hizo el Juzgador de primer nivel, sobre los medios probatorios, respecto de la responsabilidad penal de los coprocesados, que en su criterio no colmaron las exigencias consagradas en el Art. 381 de la L. 906 del 2004, esto es, que no halló probado la misma, más allá de toda duda.

Lo inherente a tal propuesta, una vez visto el *Dossier* aquí incorporado, es valorar si tal cúmulo de evidencia, permite asegurar o confirmar la propuesta de la fiscalía, que insiste en que logró derruir la presunción de inocencia de los enjuiciados, o si, por el contrario, resulta acertada la conclusión del *a quo*.

En tal menester, debe recordarse, que la fiscalía acusó a **Santiago Torres Jiménez**, como autor del delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años Agravado en concurso homogéneo sucesivo*, por existir afinidad con la menor, al ser su padrastro, en tanto se le señala, de haber accedido carnalmente a la menor S.L.B.R durante la convivencia que sostuvo con la señora **Reales Miranda**, entre los años 2016 y 2018, concretamente, le habría introducido su miembro viril por la vagina en dos ocasiones desde que esta tenía 7 años de edad.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

Por otro lado, a la señora **Mélida Isabel Reales Miranda** se le endilga el delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado*, bajo la modalidad de comisión por omisión, debido a que su primogénita, le habría comentado lo sucedido, y esta no le creyó ni tomó determinación alguna ante los abusos.

Previo a la valoración anunciada, debe resaltar la Sala, que si bien es cierto, las acciones constitutivas de actos sexuales, diferentes al acceso carnal abusivo, de que fue víctima la menor S.L.V.R., a partir de los tocamientos que se hicieron sobre su vestimenta, formaron parte del supuesto fáctico de la acusación y en consecuencia, objeto de investigación y juzgamiento, el fiscal delegado, que adelantó esta última etapa ante el Juez de conocimiento, sin dar razones abandonó el tema probatorio, para acreditar tales hipótesis, por lo que la judicatura, ante ese déficit probatorio solo pudo pronunciarse, frente al delito de acceso carnal abusivo, por lo cual, indudablemente se identifica un manto de impunidad frente a aquellos comportamientos, que por demás, develan una sistematicidad de agravios sexuales, en persona de especial protección constitucional, como es una menor de edad, por lo tanto al finalizar esta providencia, la Sala compulsará copias con destino a la Comisión Seccional De Disciplina judicial, para lo de su resorte.

Regresando a la labor emprendida por la Sala, y resultando un lugar común, sin controversia alguna, y además lo admite el *a quo*, ninguna duda existe frente a la tozuda realidad de que la menor S.L.B.R fue accedida carnalmente; el punto de discusión estriba en si ese comportamiento o comportamientos, le son atribuibles al procesado **Santiago Torres Jiménez**, y a partir de ello, edificar responsabilidad penal en su contra.

Para la Sala es claro que **Santiago Torres Jiménez** y **Mélida Isabel Reales Miranda** convivieron con la menor S.L.B.R en el periodo de 2 años comprendido entre 2016 y 2018, dentro de este lapso, se daba un cuidado parcial por parte de los familiares paternos de esta última, quienes colaboraban en algunos menesteres que en principio le concernían a **Mélida**; sin embargo, la niña finalmente en las noches, retornaba a la vivienda ubicada en portales de alicante en esta ciudad, donde residía junto a su madre y padrastro.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

De la narración de la menor de fecha 15 de febrero del 2018, que ingresó como testimonio de referencia admisible, se puede extraer que fue accedida carnalmente; esto dijo la niña:

“Psicóloga: bien, hay partes del cuerpo que no deben ser tocadas o que no nos gusta que nos toquen, ¿cuéntame si alguna vez a ti te ha pasado algo así? si alguien te ha tocado alguna parte de tu cuerpo que no te haya gustado

Menor: sí

Psicóloga: okey, dices que sí, y cuéntame sobre eso, ¿qué fue lo que pasó? ¿quién?

Menor: fue el día que yo vivía con mi mamá, ella se conoció con él era vigilante, ese día en la nochecita él me sobó mis partes y a mí no me gustó, al siguiente día que también era en la nochecita él me dijo que era un secreto entre él y yo

Psicóloga: y ¿qué fue lo que pasó?

Menor: yo estaba en mi cuarto, él estaba en su cuarto durmiendo con mi mamá, eso pasó a las 3 de la madrugada, entonces él vino y me estaba sobando mis senos y a mí no me gustó *Psicóloga: ¿algo más que haya pasado?*

Menor: con la cosa esa me la pasó por las nalgas y por otra parte que a mí no me gustó y ahí en ese momentico que él se pasó a las 4 de la madrugada yo todavía no me había desarrollado, en ese momentico yo estaba botando sangre y tuve que lavar la pantaleta y si me dolió

...

Psicóloga: ¿voy a hacerte unas preguntas con referencia a esto que acabas de mencionar, tú dices que vives con tu mamá Mérida y tu padrastro Santiago, dices que cuando él se conoció con tu mamá era vigilante, desde cuando vive Santiago con tu mamá?

Menor: desde el 2016

Psicóloga: ¿cuántos añitos tenías tú cuando él llegó a tu casa?

Menor: tenía 8, no, tenía como 7

Psicóloga: Entonces tú dices que en las noches él te tocaba, ¿cuántas veces lo hizo?

Menor: 3

Psicóloga: la primera vez que te tocó ¿cuántos años tenías tú?

Menor: tenía 7

Psicóloga: ¿y la última vez cuando fue?

Menor: tenía 8

Psicóloga: ¿estos hechos donde ocurrieron? en qué lugar?

Menor: yo estaba en mi cuarto, él estaba en la casa de mi mamá

Psicóloga: ¿tú mencionaste que él estaba dormido con tu mamá y se pasó a las 3 am y te tocaba, esos tocamientos los hacía por encima de tu ropita o tocaba tu piel?

Menor: por arriba de mi ropa

Psicóloga: ¿en algún momento quitó tu ropita?

Menor: sí

Psicóloga: tú dices que te tocó tres veces, ¿en cuál de las tres veces quitó tu ropa?

Menor: en la segunda vez

Psicóloga: ¿tú a él lo viste sin ropa?

Menor: sí, pero voltee para atrás



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

Psicóloga: ¿tú expresaste lo siguiente “con la cosa esa me pasó por las nalgas y por otra parte que no me gustó” a qué cosa te refieres?

Menor: el chocho

Psicóloga: ¿la parte de tu cuerpo que no te gustó fue el chocho que acabas de mencionar?

Menor: sí

...

Psicóloga: ¿cuántas veces hizo esto de pasarte por el chocho la cosa?

Menor: 3 veces

Psicóloga: quitó tu ropa para eso o fue una sola vez que quitó tu ropa cómo me acabas de decir

Menor: quitó mi ropa dos veces

Psicóloga: 2, 3 o 1?

Menor: 2

Psicóloga: ¿segura 2? última palabra

Menor: 2”

Bajo esa línea probatoria, acompaña el testimonio de referencia brindado por la menor, la prueba técnica que fue practicada y reseñada con el serial UBCTG-DSBL-01216-C-2018 , en cuyo escenario la médica forense Rita Lopera, registró el siguiente hallazgo:

*“Testigo: al nivel del himen encontré unos desgarros antiguos que quieren decir de borde cicatrizado hacia el cuadrante de las 12, de las 2 y las 9 según las manecillas del reloj, **lo cual estaba de acuerdo con el relato de la menor de penetración por pene viril erecto**, ósea tiene una **lesión traumática de ese nivel**, también a nivel de ano se encontró un ano hipotónico el cual se dejaba ver que no había bolo fecal, que tenía dilatación del externo que en promedio media 03 cm y tenía dilatación del esfínter anal externo que media 1.4 cm, tenía borramiento difuso de las estrías anales, ella tenía antecedentes de estreñimiento, tenía antecedentes de expulsión de parásitos entonces entre las conclusiones pues se dice que a este nivel puede ser tanto por expulsión de parásitos como por estreñimiento o como la penetración de miembro viril erecto que fue lo que refirió la examinada que tenía también penetración a ese nivel*

Además, describió en qué consistía el desgarro antiguo del himen:

*“Testigo: un himen festoneado con desgarro antiguo, los himen tienen diferentes formas normales, la menor tiene una forma festoneada o sea los bordes son un poquito como ondulantes y el desgarro es que se rompe el himen puede ser una ruptura parcial o total y tiene ruptura hacia las 12, hacia las 2 y hacia las 9:00 según las manecillas del reloj esto quiere decir que una lesión **algo produjo una lesión traumática que produjo que se desgarrara y rompiera el himen a nivel de esos ángulos y concuerda con la versión que ella dio de que tuvo un desgarro por miembro viril erecto y qué sangró ese nivel bastante**”*



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

De la prueba reseñada, lo que extrae la Sala, es que, diferente al primer acto sexual y al acceso carnal del que atrás dimos cuenta, se registran plurimas acciones de acceso carnal en el cuerpo de la menor, ello lo relata con contundencia la víctima quien es la que recibe el agravio y de mejor manera registra tal acontecer, que como se ve, está corroborado por prueba científica; no obstante a esa realidad probada y frente al cuestionamiento tildado por el *a quo* de contradictorio con ocasión al numero de veces en que fue ultrajada sexualmente, debe la Sala señalar, tal como se demostrará a continuación, que en efecto, se produjo más de un acceso carnal, que la menor ubica entre tres y cinco veces, pero que en el aporte probatorio que hace la fiscalía, solo lo concretiza en un acto, es decir, el sucedido la madrugada en la cual, el procesado irrumpe en su habitación, la penetra carnalmente con su miembro viril, acción que tiene como consecuencia un desangrado y el llamamiento de auxilio que la infante hace a su madre, pero que esta no escucha, al parecer, por estar profundamente dormida. Es indudable, que la fiscalía presentó en este punto un déficit probatorio, pues los otros actos que da cuenta la menor frente a este núcleo delictivo no fueron circunstanciados en términos de tiempo, modo y lugar a efectos de estructurar lo que el acusador denominó un concurso homogéneo sucesivo frente al delito de acceso carnal abusivo.

Delimitado lo anterior, se tiene lo siguiente. Las únicas pruebas que legalmente se pueden valorar respecto al tópico de las veces en las cuales la menor indicó que se dieron los accesos carnales, son dos, la primera lo es, su declaración de referencia admisible, en la que da cuenta que fueron 2 las oportunidades en las cuales fue accedida por su padrastro, y la segunda, el señalamiento que hace su tía *Dolores Blanco Vásquez* a quien esta le indicó que fueron “*varias veces*”; recuérdese que es la menor quien reconoce a pregunta de la psicóloga que le contó a su tía paterna lo sucedido, conviene dar cita a lo que indicó *¿y como supo tu tía Dolores? ¿quién le contó?, Menor: yo.*

Con ocasión a la información recibida, si bien no se puede valorar, por ser prueba de referencia inadmisibile, la declaración de la menor, tenemos que la señora *Blanco Vásquez*, tía paterna de la menor, (i) ratificó que esta le contó de los abusos, aspecto externo que corrobora, el dicho inicial de esta.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

Ante lo palmario que fulge la prueba testimonial aquí vertida, de referencia admisible por parte de la menor, y la prueba pericial que le fue practicada, la Sala considera que le acompaña la razón a los disidentes, cuando consideran que ninguna contradicción emerge del relato de la menor, dicho de otra manera, no existen inconsistencias entre las veces que narró los abusos, pues debemos tener en cuenta que se trata de una menor que para la fecha oscilaba entre los 7 o 8 años de edad, recuérdese, que conforme al registro civil de nacimiento que integra esta actuación, nació el día 26 de mayo del 2008; y que, conforme a la realidad contextual y periférica aquí vertida, cuando relató los hechos, se encontraba bajo el proceso de restablecimiento del derecho, dentro del cual expuso los accesos carnales de los que fue objeto, así mismo, se trata de un relato conteste y verosímil.

La declaración anterior de la menor recibida en su anamnesis, tal como se indicó *ut supra*, no fue decretada como prueba de referencia admisible, por parte del *a quo*, de suerte que, la utilidad del medio probatorio, lo es, respecto a la pericia rendida por la *Dra. Rita Lopera* y lo que esta percibió directamente durante su práctica; bajo ese entendido, ningún contenido testimonial de la menor se ingresará con la profesional, sin embargo, la información recibida por la perito, constituye el insumo a partir del cual, la menor resulta valorada, encontrándose hallazgos, que guardaron una seria correspondencia, con un posible acceso de tipo sexual, tal como refirió en el dictamen *UBCTG-DSBL-01216-C-2018*.

6.4.1. Por otro lado, corresponde examinar si se encuentra establecida la responsabilidad penal del señor **Santiago Enrique Torres Jiménez**, como autor del punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo del que fue víctima S.L.B.R

La respuesta a este interrogante es afirmativa, por las razones que pasan a explicarse.

La declaración de la menor, resulta puntual y detallada en el señalamiento que se ha mantenido incólume a través del devenir probatorio, concretizado en que es el señor **Torres Jiménez** y no otro, quien la accedió carnalmente.

Corresponde reiterar la declaración de referencia admisible, que antes fue empleada para establecer la existencia del hecho.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

*“Menor: yo estaba en mi cuarto, él estaba en su cuarto durmiendo con mi mamá, **eso pasó a las 3 de la madrugada, entonces él vino y me estaba sobando mis senos y a mí no me gustó**”*

Psicóloga: ¿algo más que haya pasado?

Menor: con la cosa esa me la pasó por las nalgas y por otra parte que a mí no me gustó y ahí en ese momentico que él se pasó a las 4 de la madrugada yo todavía no me había desarrollado, en ese momentico yo estaba botando sangre y tuve que lavar la pataleta y si me dolió

...

Psicóloga: ¿tú expresaste lo siguiente “con la cosa esa me pasó por las nalgas y por otra parte que no me gustó” a qué cosa te refieres?

Menor: el chocho

Psicóloga: ¿la parte de tu cuerpo que no te gustó fue el chocho que acabas de mencionar?

Menor: sí

...

Psicóloga: ¿y en qué barrio vives?

Menor: en portales de Alicante

Psicóloga: ¿con quién vives ahí?

Menor: con mi mamá y con mi padrastro

Psicóloga: ¿cómo se llama tu mamá?

Menor: Mélida Isabel

Psicóloga: ¿y el padrastro?

Menor: Santiago

Psicóloga: ¿Santiago qué?

Menor: Santiago Torres Jiménez

Psicóloga: ¿quién más vive con ustedes?

Menor: nosotros 3 y ya

Psicóloga: ¿siempre has vivido con ellos?

Menor: no

Psicóloga: ¿desde cuándo vives con ellos dos?

Menor: desde el 2016

Psicóloga: ¿cuántas veces hizo esto de pasarte por el chocho la cosa?

Menor: 3 veces

Psicóloga: quitó tu ropa para eso o fue una sola vez que quitó tu ropa cómo me acabas de decir

Menor: quitó mi ropa dos veces

Psicóloga: 2, 3 o 1?

Menor: 2

Psicóloga: ¿segura 2? última palabra

Menor: 2

Es así, que señala las condiciones de modo y lugar:

Menor: fue el día que yo vivía con mi mamá, ella se conoció con él era vigilante, ese día en la nohecita él me sobó mis partes y a mí no me gustó, al siguiente día que también era en la nohecita él me dijo que era un secreto entre él y yo. Psicóloga: ¿en algún momento quitó tu ropita? Menor: sí

El testimonio de la menor no se muestra insular, pues es corroborado periféricamente, en otros medios externos, como pasa a verse:



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

El primer hecho probado que corrobora la declaración de la menor consiste en que **(i)** para el año 2016 a 2018 vivía en el edificio portales alicante junto con su madre **Mélida Reales** y su padrastro **Santiago Torres**, de esto da fe la víctima en su declaración de referencia admisible al relatar a pregunta de la psicóloga el barrio donde vivía respondió *“en portales de Alicante... con mi mamá y con mi padrastro”*; además, lo afirma la señora Dolores al indicar que en portales alicante *“vivían los 3, Mélida, Santiago y la niña...”*; en igual sentido, lo corrobora la señora Mélida *“Fiscal: ¿Dice que la niña vivía con usted y con el señor Santiago en un apartamento, cierto? **Mélida: sí**”*.

Como segundo aspecto corroborativo, encuentra la sala que **(ii) la niña no quería estar con su padrastro ni vivir con su madre**, esto se pudo verificar periféricamente a partir del testimonio de la señora Dolores, quien sobre el particular narró *“una vez yo estuve y no me había enterado que la niña había sido abusada pero si me di cuenta cuando llegamos, Mélida me dijo que se la llevara y Mélida estaba cocinando algo no sé qué era, **pero la niña corrió al cuarto y ni siquiera saludó a nadie, ni lo miró y pues la actitud de la niña últimamente era como de temor porque ella siempre me decía que no la llevara para donde su mamá, que ella no quería estar allá, que no la llevara pero yo le decía que ella era su mamá y tenía que estar con ella, porque su mamá trabajaba todo el día y quería estar con ella en la noche**”*.

Ocupa el tercer punto corroborativo, que **(iii) el señor Santiago Enrique Torres Jiménez**, sí quedaba a solas con la menor; el anterior aserto se puede extraer de la versión del procesado quien narró:

“Fiscal: cuando usted cuidaba a la niña ¿qué otras personas estaban en ese lugar?

*Testigo: **nadie, solo yo por eso en esa parte, el apartamento del cuarto piso, la parte del cuarto piso, hay 4 apartamentos, son varios apartamentos y solamente en el bloque 3 en el que vivíamos había 300 y pico apartamentos y ahí habían 4**, del tercer piso para abajo era que en esos días después empezaron a mudarse, yo estaba solo con la niña”*.

Lo anterior significa que emerge acreditada la oportunidad contextual en la que el aquí procesado tuvo a su merced la integridad de la menor, de la permanencia de la menor con el señor **Torres Jiménez**, da también cuenta la señora **Mélida Isabel Reales Miranda**, quien a pregunta de la defensa acerca de



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

sí dejó sola en algunos momentos a la menor con el procesado dijo **“Sí claro, cuando yo no me demoraba mucho yo la dejaba con él”**, en igual sentido develó que este la cuidaba en algunas oportunidades.

En estos momentos, para la Sala es claro que la menor sí quedaba sola por momentos con su padrastro, además quedó establecida la soledad de la acción narrada pues se produce en un escenario nocturno, lo cual es compatible, pues la familia paterna la cuidaba de día y retornaba a su residencia en la noche con su madre, quien a veces la dejaba al cuidado de su pareja, por lo tanto, existe verosimilitud en las circunstancias modales que rodearon la conducta.

No cabe duda para la Sala que el autor de la conducta es el señor **Santiago Enrique Torres Jiménez**, no solo porque así lo afirmó la menor en su declaración de referencia admisible, sino porque su relato, tal como lo constató la psicóloga que recibió la entrevista bajo protocolo SATAC, ostenta una narrativa *“espontánea al momento de explicar sus hechos sobre su vivencia... muy abierta sin sugerencias” (sic)*, además, porque no gravita en soledad su señalamiento, sino que guarda correspondencia con el dictamen sexológico que le fue practicado y con las declaraciones de todos los actores medulares directos e indirectos de las escenas que rodearon la conducta punible.

En lo que respecta al criterio aventurado del *a quo*, que pudo haber sido un primo de la víctima el autor de los accesos carnales, en tanto que esta pernoctaba en el seno familiar materno, debe indicar la Sala, que esa conclusión se encuentra huérfana de todo sustento probatorio; la versión inicial emana en primer momento de la señora **Mélida Isabel Reales España**, no obstante obsérvese que lejos de tener coherencia o relación positiva en la búsqueda de la exculpación, es una situación inconsecuente, pues esta jamás indicó a persona alguna, la posibilidad de que tal hecho pudiese estar sucediendo, sobre todo, si como lo indica, estaba muy pendiente de su menor hija, por lo tanto, afirmar que la situación realmente tuvo lugar es hipotético, y no es más que un entramado narrativo cuya finalidad es entendible: sacar adelante a su compañero sentimental, respecto de quien no ha escatimado esfuerzos para develar el profundo apego y afecto que le tiene.

Demárquese igualmente, que, ante el contrainterrogatorio que ponía de presente la afirmación de tal conducta en cabeza de su compañero permanente,



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

de manera ligera y sin sustento alguno, y, además, sorprendentemente, inserta la eventual participación de un primo de la menor, como autor de la agresión sexual, posición que indudablemente causa extrañeza y que pone de manifiesto el interés de exculpar al procesado de cualquier manera.

Así mismo, no está probado que la menor durmiera con un primo mayor de edad, empero, no le estaba vedado relacionarse con sus familiares paternos en tanto no solo sucedía en la casa de la señora *Janeth*, sino además en la de la señora *Dolores*, quien resaltó *“nosotros siempre hemos sido allegados a esa niña ya que amamos a esa niña como nadie se lo imagina, siempre la hemos apoyado y siempre estuvimos pendiente de la niña”*(sic), al tiempo que la menor en muchas ocasiones se quedó en su casa *“la niña se quedó en mi casa muchas veces porque la mamá la dejaba y muchas veces ella venía y la recogía acá a la casa”*, pues, *“desde que la niña nació, nosotras siempre como tías siempre estuvimos pendiente de la niña”*.

Por lo tanto, no concibe la Sala como el *a quo* pudo colegir alegremente que la menor posiblemente fue accedida por uno de sus familiares, tal afirmación resulta aventurada y desprovista de todo medio probatorio; ahora, en gracia de discusión, si otra persona hubiese accedido a la menor, ello no es excluyente de los señalamientos que esgrime hacía el señor **Torres Jiménez**, es decir, no se contrapone a la clara atribución que de dicho comportamiento hace la niña a su padrastro.

De otro lado, es desafortunado, que el funcionario de primer grado fundara su decisión en reglas de la experiencia mayormente falaces.

Tal como lo ha precisado la Corte en sentencia CSJ SP, 24 jun. 2020, rad. 49323, un postulado adquiere la connotación de *máxima de la experiencia*, cuando se deriva de los usos o prácticas sociales con carácter reiterado, que son generalmente admitidos por un conglomerado que se desenvuelve en similares circunstancias de tiempo, modo y lugar. En resumen, *“la experiencia, entonces, es una forma de conocimiento que se concreta en prácticas sociales consuetudinarias, enunciadas bajo proposiciones que se expresan bajo la fórmula “siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B”*



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

En efecto, indicó el *a quo* tres reglas de la experiencia: **(i)** *una menor a la edad entre 7 o 8 años, tiene la capacidad de diferenciar entre un revolver y una escopeta;* **(ii)** *la mayoría de los abusos pueden provenir de familiares cercanos;* **(iii)** *que los menores en algunas ocasiones son proclives a levantar falsas acusaciones*

Alejándose de las enseñanzas jurisprudenciales, por lo menos, dos de los enunciados transcritos en párrafos precedentes no revisten las características de generalidad y repetitividad que permiten calificarlos como una regla de la experiencia, como lo edificó el fallador, ni refieren a un evento cotidiano de frecuente ocurrencia que permita atribuirle tal condición.

Destáquese sobre la primera de ellas que **(i)** no es cierto que sea cotidiano o frecuente que un menor a esa edad -7 o 8 años-, deba tener un conocimiento preciso sobre armas de fuego, en primer lugar porque no constituye una generalización de la que se pueda extraer un conocimiento común, y, en segundo lugar, como argumento concreto, la menor en su declaración nunca aseguró que vio el arma de fuego, simplemente manifestó **“me amenaza siempre, que tiene una escopeta para pegarle tiros a toda mi familia...”**, por lo tanto, no surge descabellada tal afirmación, en tanto el procesado trabajaba como vigilante, rol social en el que resulta usual el manejo de las armas, tal como este lo afirmó en su injuriada, además -conocer de las armas o las amenazas- no hace parte de la esencia del delito, y no tiene la entidad suficiente para mermar la credibilidad de la menor, en punto a que dejan indemnes los señalamientos directos hacia el procesado como la persona que la accedió.

Si bien podría ser aceptada la segunda regla de la experiencia instituida, no es menos cierto que para dar fuerza a una máxima como esa, debían mínimamente existir elementos, para reprochar la conducta a un tercero, en este caso, apenas se contó con el dicho ligero de los procesados, respecto a que un hijo mayor **-no de la denunciante como lo sostiene el funcionario en la sentencia-** sino, de la tía *Janeth*, al parecer dormía con la menor, ante ello hay que decir, que no es una regla de la experiencia que siempre que una menor se quede en casa de un familiar, será abusada, pues ello sería tanto como defraudar de manera despótica el principio de confianza que se espera del núcleo familiar, o en todo caso, revertir dicho derrotero, argumento, que sin elementos de convicción que lo refuercen se torna especulativo de cara mermar la credibilidad de la menor y su señalamiento.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

Finalmente, en torno a la tercera máxima consistente en que los menores en algunas ocasiones son proclives a levantar falsas acusaciones, debe decir la Sala que el funcionario de primera instancia, abandona el análisis de la prueba, pues claramente de la declaración practicada en juicio cámara Gesell, con facilidad se advierte que los relatos de la menor son coherentes, equilibrados, ilustrativos y no especulativos, en la medida que no se contradicen frente a las circunstancias modales, temporales y de lugar de la conducta.

Se aprecia además que no se hizo ningún esfuerzo por parte del *a quo* en evaluar las singularidades mencionadas en el testimonio, bastándole señalar que no había cómo creerle a la menor, porque se suscitaban contradicciones en su dicho por el numero de veces en las que refirió los abusos, y porque estos son proclives a mentir en algunas ocasiones, reprochando que no se hubiese practicado una pericia a instancias investigativas que se descartara si mentía o no, dejando de lado la inexcusable labor de analizar la fuerza demostrativa y la concordancia esencial de las aseveraciones de las víctimas directas de las infracciones penales y verificar si tales asertos tienen asiento en el resto del material probatorio.

De otra arista, en lo que atiende al móvil de animadversión que se pretendió fundar entre la tía paterna de la menor y los procesados, se vislumbra, en cuanto a la relación con el procesado **Santiago Enrique Torres**, que no había enemistad alguna por parte de la señora *Dolores*, quien escasamente lo saludó en tres oportunidades, sin que exista enemistad alguna entre ellos; consideró el funcionario que la expresión lanzada por la testigo en punto a que **el único error de Mérida era -haberse metido con ese hombre** resultaba suficiente para concluir que las relaciones no eran las mejores, y que por ende había un móvil para que esta manipulara a la menor, perdiendo de vista que la niña de manera espontanea en su declaración apunta que le contó a su tía los abusos, y que además, una expresión como la señalada por la deponente no se puede analizar de manera insular, pues dentro del contexto lo que se extrae es que, a raíz de lo que supo por parte de su sobrina, consideró de manera subjetiva que fue un error que **Mélida** se relacionara con **Santiago**, por lo que le había hecho a la menor, pero jamás un rechazo a su pareja, esta conclusión se desprende de la prueba testimonial.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

En efecto, se tiene que en cuanto a su relación con **Mélida** la testigo no solo fue objetiva en señalar que a veces le pegaba a la niña, sino también que se desvivía por la menor y que la quería mucho, respecto a la relación de esta última en el contrainterrogatorio propiciado por la defensa precisó **“nunca he estado en desacuerdo de lo que Mélida haya decidido en su vida, de lo que haya querido coger en su vida, nunca he metido la mano porque Mélida haga sus cosas porque Mélida es una mujer independiente y no debe dejarse seguir de los demás, nunca me opuse a ninguna relación, que quede bien claro, es más hasta la apoyé en esa relación, nunca le dije no, siempre me he mantenido distante de las relaciones de Mélida y de todo lo que hace, al igual lo que acontecía en Mélida, prácticamente la admiro siempre le he tenido cariño pero siempre la he apoyado por su niña pero hasta ahí nada más, nunca me he metido en una relación que haya tenido”**

Lo anterior para significar que el móvil de manipulación tampoco se encuentra acreditado, y se deben apreciar como afirmaciones exculpatorias de los procesados con miras a mermar la credibilidad tanto de la menor como de su tía; ahora, sucede que, luego de escuchar la entrevista a la menor -prueba de referencia admisible- se nota como registra en su dicho espontaneidad, fluye de manera organizada y apremiante su relato, y no se observa que se aprendiera un libreto a rajatabla; por otro lado, no existe prueba que corrobore que la animadversión de la tía paterna de la menor sea tal, pues contrario a ello, está dijo que aprecia a la señora Mélida, y que cuidaban mucho a la menor, porque la amaban.

No le asiste la razón a la señora **Mélida** al informar que luchó por su hija. No. el escenario probatorio demarca que, los familiares paternos de la menor siempre estuvieron cuidándola, no hubo tal disputa, sino que bajo el principio de solidaridad familiar como esta trabajaba de día y en la tarde, la cuidaban, lo que deviene en una muestra de afecto, al punto que enterados de los abusos procedieron inmediatamente, no solo a alertar a la madre de la menor, sino a las autoridades.

La única versión que indica que un primo de la menor abusaba de ella proviene de la procesada **Mélida**, lo cual riñe con la lógica, porque de haber sido así no habría razón para que dejará a su hija en el seno de un hogar en el cual era



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

objeto de agresión sexual, a este señalamiento también se sumo sin éxito el procesado.

De tal suerte que no resulta creíble esa estrategia, de vincular a un tercero como autor de la conducta, pues como se vio, no esta probado, ni tampoco descarta responsabilidad en cabeza de su compañero sentimental; pero es que, el afán de lograr esta exoneración, llega a extremos, que luego fueron desvirtuados en el contrainterrogatorio, consistente en afirmar **Mélida**, que *la niña escasamente vivía con ellos*¹³, cuando evidentemente eso no es cierto y finalmente tuvo que admitir lo contrario.

En la tesis de la animadversión el señor **Santiago Torres**, también introdujo unas glosas, cuya finalidad era apalancar esa situación, tales como que: una vez los familiares de la menor hurtaron \$70.000 a la señora **Mélida**; que se apoderaron de un DVD de su propiedad, o que no gustaban de ella, las cuales no son más que puntos insulares, que no derruyen la prueba de cargo, además, no es cierto que la señora **Mélida** se hubiese enterado ante el relató que le hiciera la señora *Dolores* de los abusos a la menor, pues la niña le había comentado con anterioridad tal situación -esto lo corrobora la menor, también el acusado e incluso la misma procesada-, siendo que las pruebas de cargo son pruebas contundentes en ese sentido.

En cambio, los procesados incurren en contradicciones tales como su aparente separación, pues **Santiago** dice que siempre estuvieron juntos, la procesada que no, que se seguían viendo eventualmente pues eran amantes para satisfacer una necesidad carnal, además en sus profusos relatos indican aspectos ampliamente insulares, insustanciales para el tema de prueba y que no habrán de ser recabados por esta Sala, bajo el derrotero de la economía.

Por otro lado, está acreditado que el procesado para la fecha de los hechos sí se encontraba integrando la unidad familiar de la menor, en consecuencia, se configura el agravante que le enrostró la fiscalía, para ello basta con volver a los dichos tanto de la menor, de su madre y del mismo procesado, así como de la señora *Dolores*.

¹³ Se infiere tal situación desde el récord 13:00 audio del 11 de febrero del 2021.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

Ante tal panorama, la Sala procederá a revocar la decisión de primer nivel y en su lugar se condenará al señor **Santiago Enrique Torres Jiménez** como autor del punible de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado*.

No se condenará por un concurso homogéneo, en tanto, como se advirtió líneas precedentes, el déficit probatorio del ente acusador, nos conmina a hallar probado apenas un evento de acceso carnal abusivo teniendo en cuenta las narraciones de la menor, y ello además guarda estrecha congruencia, predicable como se sabe de la acusación y la sentencia.

Al término de estas consideraciones, se indicará que pese a no ser un aspecto sustancial de la encuesta, el *a quo* confundió los nombres del procesado pues lo llama **Santiago Enrique Torres Martínez**, cuando en verdad, su último apellido es **Jiménez**, cuestión que queda zanjada también por la Sala, quien verificó el escrito de acusación dentro del cual se encuentra debidamente identificado este ciudadano, y en consecuencia, ninguna irregularidad existirá al momento de su captura y cualquier registro que deba hacerse en bases de datos criminales.

Así las cosas, ha de concluir esta judicatura, que el procesado **Torres Jiménez** es la persona que en la ocasión mentada accedió carnalmente a la menor, entre el año 2016 y 2018, cuando ella no había cumplido los 14 años de edad.

En ese sentido, **Torres Jiménez**, sabía que accedía carnalmente a una menor de 14 años, dicha comprensión se alcanza a partir de la declaración de este, quien reconoce efectivamente su hijastra alcanzaba una edad entre 7 o 8 años de edad, de manera que se valió de la soledad de la noche para ejecutar la delincuencia, por lo que, siendo el padrastro de la menor y en muchos casos su guarda, no encuentra la Sala explicación distinta a que dicho apoderamiento, se concitó con miras satisfacerse lascivamente, en ese sentido, si contaba con el conocimiento el cual le permitía actuar con plena conciencia de que en su comportamiento concurrían todos los presupuestos objetivos del delito investigado.

De otra parte, dicha conducta, además de ser típica, es antijurídica por haber lesionado efectivamente el bien jurídico libertad, integridad y formación sexual de la menor, quien vio menguados estos bienes jurídicos a partir de un comportamiento libidinoso reprochable del enjuiciado, así mismo defraudó las



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

expectativas que se esperan de un padrastro, quien precisamente asume el rol de patriarca del hogar, y no se encuentra probada ninguna circunstancia que justificara su proceder indebido.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la culpabilidad entendida como categoría dogmática, debe indicarse, en primer lugar, que, al momento de ejecutar la conducta atribuida, el procesado no solamente tenía la capacidad para comprender la ilicitud, sino igualmente para determinarse de acuerdo con esa comprensión, pues no padecía de inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares, conforme con las previsiones del artículo 33 del Código Sustantivo Penal. De la misma manera, se puede afirmar que era consciente de la prohibición, esto es, que acceder carnalmente a una menor de edad, es un comportamiento que se encuentra tipificado como delito en el ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, de manera indudable le era exigible un comportamiento ajustado a derecho, vale decir, no se advierte que haya sido abocado a una conducta de cuya realización no pudiera sustraerse, porque de la misma manera no se encuentra acreditado que en su caso se hubiese encontrado frente a uno de los supuestos que excluyan la culpabilidad como lo son los eventos de caso fortuito o fuerza mayor, o que hubiese obrado bajo insuperable coacción ajena o impulsado por miedo insuperable, según las previsiones del artículo 32 *idem*.

6.4.2. Responsabilidad penal de la señora Mélida Isabel Reales Miranda.

Líneas atrás, se señaló que la fiscalía le atribuyó vía comisión por omisión el delito de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo* a la señora **Reales Miranda**, en tanto que, a sabiendas de que su pareja había accedido carnalmente a su hija, no denunció tales actos.

Ahora bien, conforme el numeral 2º del artículo 25 del C. P. la procesada sí tenía posición de garante sobre la niña, al existir entre ellas una **estrecha comunidad de vida**, por lo tanto, tenía el deber de protección sobre la menor, por la estrecha relación que tenía con esta, en virtud de la cual, le correspondía evitar que se produjese un resultado lesivo sobre su libertad, formación e integridad sexual; siempre y cuando estuviese en posibilidad de hacerlo.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

Como se puede desprender del plexo de cargos, el eje fáctico radica en que la menor le informó a la señora **Mélida** que venía siendo accedida por su padrastro y esta no hizo nada al respecto.

De cara a tal atribución de responsabilidad, lo que se acreditó conforme a las declaraciones vertidas por la niña, es que su madre se enteró mucho antes de ser informada por la señora *Dolores Blanco*, de los abusos pero no le creyó, es así como en la entrevista forense la menor indicó lo siguiente:

“Psicóloga: ¿tú dices que amenazaba diciéndote que con una escopeta le iba a dar a tus familiares, tú le comentaste a alguien alguna vez? Menor: sí a mi mamá

Psicóloga: ¿y qué te dijo ella?

Menor: él le dijo a mi mamá que, si ella decía que eche embuste, o sea que eche embuste, es que ella no me crea y mi mamá si me creyó y él le dijo “no le creas a tu hija” y mi mamá lloró y él le dijo “cómo tú me echas a mi o le creas a tu hija, te voy a matar”

Psicóloga: tú mamá creyó entonces lo que le contaste

Menor: sí

Psicóloga: ¿pero denunció eso cuando lo supo?

Menor: no”

El contexto de este relato indica que **(i)** Una vez acaecido el acceso, la menor contó a su madre la situación y que al parecer hubo amenazas por parte de su padrastro.

Se encuentra corroborado que la menor sí le contó a su madre, aunado a que la procesada en su injuriada indica que la menor le comentó que **“...el señor le había hecho el amor”**, frente a esta revelación la madre de la menor no hizo nada, pues manifestó que vivía estresada porque llevaba una vida agitada.

A estas alturas concluye la Sala, que la madre de la menor, si sabía con anterioridad que su pareja **Santiago**, venía accediendo su hija, no obstante, si bien existe una situación típica de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, y además se produjo un resultado lesivo a la menor, no está probado que la procesada contara con la posibilidad real y física de realizar una acción de protección dentro del acceso carnal que se encontró probado por esta Sala, por lo tanto, se puede concluir que le era imposible dentro de sus condiciones personales y en el contexto que se encontraba, llevar a cabo la acción protectora a la menor;



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

estamos ante un caso en el cual se tiene el deber de garante pero no emana la posibilidad cierta de evitación del resultado.

Esto es así, porque los deberes genéricos son previos a la situación típica sobre la cual se ejerce el dominio social y solo ante la presencia de la situación típica se podrá tener el dominio de esta. Como el dominio es necesario para que la omisión se equipare a la acción, para que una persona con deber genérico incurra en una comisión por omisión, deberá realizar el acto personal de asunción de la situación típica, pues de lo contrario no tendría el poder decisorio sobre la producción del resultado¹⁴.

Se colige que la procesada tuvo conocimiento de que su pareja venía realizando actos sexuales a su hija, pese a ello, no tuvo la posibilidad real de evitar el resultado, pues recordemos que, dentro del escenario narrado por la menor, esta se encontraba dormida, “yo estaba en mi cuarto, él estaba en su cuarto **durmiendo con mi mamá**, eso pasó a las 3 de la madrugada...”, de haber tenido la posibilidad cierta de evitar el resultado, podríamos hablar de su autoría bajo la modalidad de comisión por omisión, debido a su deber connatural como madre.

En gracia de discusión, se pudiera establecer que la señora **Mélida** se enteró de los abusos cuando estos cesaron, o de haberse producido luego de este conocimiento, el ente acusador no los probó, por lo tanto, al haber tenido lugar el resultado antes de que pudiera dominar el hecho, no le es atribuible esta modalidad de imputación penal, pues el escenario fáctico que promueve el ente acusador, radica en que la menor le comentó a la madre de los abusos de los que venía siendo víctima y esta no denunció o informó sobre los mismos, no que esta hubiese tenido posibilidad cierta de evitar el resultado.

Sin embargo, pese a estar acreditado su conocimiento de los accesos, acto completamente alejado de los parámetros morales, de crianza y cuidado que se desprenden de la institución materna, debe preguntarse la Sala si dicha situación ¿tiene la entidad suficiente para constituir la en autora de la delincuencia objeto de análisis?, la respuesta es negativa.

¹⁴ Esta tesis del dominio de la comisión por omisión es sostenida por autores como Gracia Martín.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

Lo anterior, debido a que, bajo la perspectiva del derecho penal de acto, para atribuir omisión impropia de la enjuiciada en el comportamiento objeto de examen, debió encontrarse incorporada de alguna manera a la acción de realizar acceso carnal a la menor.

En los delitos de omisión impropia, el resultado antijurídico se traslada a todo aquél que teniendo la posibilidad y el deber legal de evitar el mismo, voluntariamente decide apartarse de la obligación que le imponía intervenir, en este caso, no se adviene clara la intervención que pudo haber tenido la madre de la menor en este comportamiento.

Tengase en cuenta además que, los deberes genéricos como lo son, la estrecha comunidad de vida, no configuran *per se* la posición de garante, al respecto Gracia Martín afirma que *“esto es así, porque los deberes genéricos son previos a la situación típica sobre la cual se ejerce el dominio social y **solo ante la presencia de la situación típica se podrá tener el dominio de esta.** Como el dominio es necesario para que la omisión se equipare a la acción, para que una persona con deber genérico incurra en una comisión por omisión, **deberá realizar el acto personal de asunción de la situación típica, pues de lo contrario no tendría el poder decisorio sobre la producción del resultado”***

En ese sentido, la fiscalía no probó cual fue la omisión que dentro del escenario material del abuso tuvo la señora **Mélida**, por lo tanto, al no acreditarse que realizó el acto personal de la asunción de la situación típica, ni tampoco su presencia ante la misma, no es posible exigirle el deber decisorio sobre la producción del resultado lesivo, merced a que su consecuencia, deberá ser, tener por atípica la conducta que se le enrostra.

Ahora bien, debe necesariamente la Sala emprender al análisis de un dilema constitucional *¿Qué sucede cuando la madre de una menor se entera que esta es objeto de abuso sexual por su compañero permanente y no denuncia?*, este interrogante debe ser necesariamente abordado, en tanto, es este el hecho jurídicamente relevante que enrostró a la procesada el ente acusador.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

En sentencia C-848 del 2014 la Corte Constitucional analizó una Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 68 de la Ley 906 de 2004¹⁵, promovida por un ciudadano, quien sostenía que en los casos en que el sujeto pasivo del delito es un menor edad, comporta una transgresión del ordenamiento superior, y en particular, del interés superior del niño, de los derechos fundamentales de estos sujetos, y del deber de la familia, de la sociedad y del Estado de brindarles asistencia y protección, lo anterior porque existe un deber constitucional de denunciar tales delitos, cuando el sujeto pasivo es un niño y el hecho punible afecta su vida, integridad, libertad personal o libertad y formación sexual.

En dicho escenario el Máximo órgano de interpretación Constitucional declaró sobre este precepto, la exequibilidad condicionada, *“en el entendido de que la exoneración allí prevista con respecto al cónyuge, compañero permanente y parientes en el cuarto grado de consanguinidad y civil, o segundo de afinidad, **no comprende las hipótesis en las que el sujeto pasivo del delito es un menor de edad, y se afecta la vida, integridad personal, libertad física o libertad y formación sexual del niño, en los términos previstos en la parte motiva de esta sentencia**”*.

Concluyó la Corte que la Constitución no contiene una previsión expresa sobre el deber general de declarar, ni sobre el deber de denunciar los delitos de cuya comisión se tenga conocimiento, ni siquiera cuando la víctima es un niño. No obstante, con fundamento en los artículos 95.2 y 95.7 de la Carta Política, que consagran el principio de solidaridad social¹⁶, así como el deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia¹⁷, y con base en los derechos fundamentales que se materializan a través del sistema de justicia y en los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, el artículo 67 de la Ley 906 de 2004 determinó que toda persona tiene la responsabilidad de *“denunciar los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio”*. Se trata entonces de una exigencia de orden legal que tiene fundamento en diversos principios constitucionales¹⁸.

¹⁵ARTÍCULO 68. EXONERACIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR. Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional.

¹⁶El Artículo 95.2 de la Carta Política establece que toda persona está obligada a “actuar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”.

¹⁷El Artículo 95.7 de la Constitución consagra la obligación de todas las personas de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”.

¹⁸ La denuncia es “la manifestación de conocimiento mediante la cual una persona, ofendido o no con la infracción, pone en conocimiento del órgano de investigación un hecho delictivo, con expresión detallada de las circunstancias de tiempo, modo y



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

Precisó además, respecto al deber de denunciar delitos sexuales donde el sujeto pasivo sea un menor de edad que: **(i)** los referidos delitos constituyen una de las formas más graves de violencia contra los menores de edad, y comprometen directamente sus derechos fundamentales; **(ii)** el acto de denuncia constituye el punto de partida para la investigación y la sanción de los hechos punibles, y para el restablecimiento de los derechos de los niños; **(iii)** los menores tienen barreras físicas, emocionales, síquicas e incluso de orden legal, para denunciar los delitos que se cometen en su contra, especialmente cuando el victimario hace parte de su núcleo familiar, porque en este escenario las relaciones de jerarquía y subordinación, y los vínculos de amor, respeto, dependencia y miedo entre el agresor y el agredido, potencializan el alcance de dichos obstáculos.

Se estableció igualmente que la denuncia constituye la “puerta de entrada”, tanto al sistema de administración de justicia, como al procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, no de otra manera ante la imposibilidad que tienen los menores podría emprender acción penal la fiscalía, pues muy excepcionalmente la investigación inicia por otras vías distintas a este medio de noticia criminal.

Las conclusiones a las que arribó finalmente radican en que: **(i)** pese a que el deber general de denuncia no tiene una consagración expresa en la Carta Política, y a que en principio el legislador puede establecer excepciones a tal obligación, en el caso de los niños, el interés superior del menor, su status de sujeto de derechos, y el deber de la familia, de la sociedad y el Estado de brindarles asistencia y de resguardarlos frente a toda forma de violencia, según se establece en el artículo 44 superior, implica también la existencia de un imperativo constitucional de denunciar los delitos cometidos en su contra, **deber que es particularmente imperioso cuando el potencial denunciante tiene la calidad de responsable del menor, y cuando el hecho punible afecta su vida, integridad, libertad individual o libertad y formación sexual.** Un entendimiento distinto equivaldría a vaciar de todo contenido los preceptos constitucionales aludidos; **(ii)** en principio, el deber de denuncia puede ser exceptuado por vía legal; **(iii)** pese a lo

lugar que le consten. Se trata de un acto constitutivo y propulsor de la actividad estatal con cuanto vincula al titular de la acción penal –la Fiscalía– a ejercerla con el propósito de investigar la perpetración de un hecho punible”. Sentencia C-1177 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En este fallo se declaró la exequibilidad del precepto legal que ordena inadmitir las denuncias sin fundamento (Inciso 2 del Artículo 69 de la Ley 906 de 2004), pero en el entendido de que tal inadmisión precede cuando el hecho no existió, o no reviste las características de un delito, y de que debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público. De igual modo, en la providencia se declaró la exequibilidad de la disposición que permite la ampliación de denuncia por una sola vez, contenida en los incisos 2 y 3 del artículo 69 de la misma ley.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

anterior, en virtud del artículo 44 superior, que establece el interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, y el deber del Estado de asistirlos y protegerlos para asegurar el máximo goce de sus derechos y para resguardarlos frente a todo acto de violencia, la excepción al deber de denuncia no podría comprender los delitos cometidos contra niños, cuando afectan su vida o integridad personal, libertad individual o libertad y formación sexual. La razón de ello es que la denuncia constituye el mecanismo de activación por excelencia del sistema de protección de los derechos del menor agredido, y que tal acto no puede ser propuesto por el propio menor en cuya contra se cometió el delito; **(iv)** por la razón anterior, la supresión de este deber implicaría anular los derechos de los niños a la verdad, la justicia y la reparación, así como el derecho a que se adopten medidas para su protección y asistencia integral.

De otra guisa, la Corte analizó el principio de no incriminación consagrado en el Art. 33 Constitucional, precisando que: **(i)** contiene dos garantías: la de no autoincriminación y la de no incriminación del cónyuge, compañero permanente o parientes próximos; la primera constituye un elemento esencial del derecho de defensa, **mientras que la segunda persigue la protección de los vínculos familiares;** **(ii)** la diferencia anterior se proyecta el derecho positivo, pues el texto constitucional, los instrumentos internacionales de derechos y el derecho comparado confieren una protección plena a la garantía de no autoincriminación por su vínculo inescindible con el derecho al debido proceso, **mientras que la de no incriminación de los familiares cercanos no constituye un estándar mínimo obligatorio, y puede ser exceptuado;** **(iii)** el efecto jurídico de la referida salvaguardia es la prohibición de las declaraciones forzosas en contra de las personas que integran el núcleo familiar, **más no la supresión del deber de declarar;** **(iv)** la garantía constitucional de no incriminación, no contiene una previsión expresa y específica para el acto de denuncia, sino que versa genéricamente sobre las declaraciones inculpativas; **(iv)** dadas las especificidades de la referida garantía, ésta no podría servir como fundamento para limitar el espectro del deber constitucional de denunciar los delitos contra niños, por las siguientes razones: **primero**, la garantía atiende a la protección de los vínculos familiares y la intimidad familiar, pero la necesidad de esta salvaguardia decae cuando los lazos familiares están mediados por la violencia y el maltrato, y cuando se ventilan asuntos públicos como la afectación grave de los derechos de los niños; **segundo**, la garantía de no incriminación no suprime el deber de



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

declarar, sino que establece el derecho a no ser forzado a dar declaraciones inculpativas; y **tercero**, la garantía no se refiere específicamente al acto de denuncia, sino en general a las declaraciones, inculpativas, y existen diferencias relevantes entre unas y otras que justifican un régimen jurídico diferenciado.

Es entonces constitucionalmente inadmisibles que en un contexto marcado por la violencia y maltrato infantil, en el que la prolongación de este fenómeno está determinada, al menos parcialmente, por el silencio, la tolerancia y la impunidad, se pretenda atribuir a la garantía de no inculpativa un alcance que excede su propia finalidad y racionalidad interna, y su propio diseño normativo, para sobre esta base, exceptuar el deber constitucional de denunciar los delitos contra niños, ello además porque no podrían sacrificarse los derechos de los niños con el pretexto de mantener la unidad familiar, que en todo caso tampoco puede mantenerse a través del silenciamiento del delito en el seno de la propia familia.

No obstante a lo reprochable moralmente que resulta que una madre este enterada que su compañero sentimental abuse de su hija y no denuncie, la infracción al deber de denuncia por sí misma no tiene efectos penales, sino tan solo en cuanto el legislador la prevea como un delito autónomo.

En nuestra legislación tal infracción penal solo se actualiza de manera excepcional, bajo los siguientes supuestos: **(i)** cuando, en razón del oficio, cargo o actividad, se tiene conocimiento de la utilización de menores para el proxenetismo y se omite informar a las autoridades administrativas o judiciales sobre el hecho - artículo 312B-19; **(ii)** según el Código Penal, el proxenetismo comprende la inducción a la prostitución, el constreñimiento a la prostitución, la trata de personas, el estímulo a la prostitución de menores, la pornografía con menores de 18 años, el turismo sexual y la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. Segundo, cuando el servidor público tiene conocimiento de un hecho punible que deba ser investigado de oficio y no lo

¹⁹ El Artículo 312B establece al respecto lo siguiente: “Omisión de denuncia. El que, por razón de su oficio, cargo, o actividad, tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo y omitiere informar a las autoridades administrativas o judiciales competentes sobre tales hechos, teniendo el deber legal de hacerlo, incurrirá en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. // Si la conducta se realizare por servidor público, se impondrá, además, la pérdida del empleo. // PARÁGRAFO TRANSITORIO. Tan pronto como entre en vigencia la Ley 599 de 2000, el presente artículo tendrá el número 219B.”.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

informa a la respectiva autoridad -art. 417-20; **(iii)** cuando una persona tiene conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, proxenitismo con menores, y no lo informa de manera inmediata a la autoridad (art. 441)²¹.

Denunciar los abusos a los que es sometida una menor en el seno de la familia, refleja la existencia de deberes que no tienen adscrita una consecuencia jurídica, de suyo que socialmente, este tipo de disposiciones para algunos resulten inanes, por carecer de la coercibilidad que caracteriza las disposición jurídicas, y en segundo lugar por que podrían parecer hasta ineficaces, sin embargo, para la Corte, este deber si cobra por los siguientes argumentos:

*“...Por una parte, porque el reconocimiento de los derechos de los niños, de la prevalencia de tales derechos sobre los de las demás personas, y de la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de protegerlos y asistirlos, tiene como consecuencia ineludible afirmar el deber de toda persona de denunciar las formas más graves de violencia contra los niños, **incluso cuando este acto inculinatorio se efectúe en contra de una persona con la que se tiene un estrecho vínculo familiar.** En otras palabras, desconocer este deber denuncia convertiría en un discurso meramente retórico y carente de todo contenido, los principios y reglas relativas al interés superior del niño y a su calificación como auténtico sujeto de derecho, por lo que en últimas, a afirmación de este deber dota de contenido, y materializa el artículo 44 de la Carta Política. **Por su parte, la imposibilidad de adscribir una sanción a quien infringe este deber materializa la exigencia de la garantía de no inculinación contenida en el artículo 33 de la Carta Política, en tanto en ella se prohíbe a las autoridades ejercer todo tipo de fuerza o coacción para obtener declaraciones inculinatorias en contra del cónyuge, compañero permanente o pariente cercano**”.*

²⁰ El Artículo 417 del actual Código Penal establece al respecto lo siguiente: “**Artículo 417.** Abuso de autoridad por omisión de denuncia. El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. La pena será de dos

(2) a cuatro (4) años de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular”.

²¹ El Artículo 417 del actual Código Penal establece al respecto lo siguiente: “**Artículo 441.** Omisión de denuncia de particular. El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contempladas en el título II de éste Libro o de las conductas contenidas en Capítulo IV del Título IV del Libro II cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

En conclusión, para la Corte la formula jurisprudencial que postula el deber de denuncia de los delitos en contra de menores de edad, y al mismo tiempo la imposibilidad de sancionar su infracción cuando ésta se ampara en la existencia de un vínculo matrimonial, marital o de parentesco, dota de contenido y eficacia la preceptiva constitucional, y armoniza y hace compatibles preceptos que en apariencia son contradictorios.

Así por ejemplo, existe una diferencia que resulta constitucionalmente relevante, *“entre afirmar la existencia de un deber no sancionable, y negar la responsabilidad de las personas frente a las formas más graves de violencia contra los niños”*, ello por cuanto, en el segundo de los casos, se transmitiría el mensaje de que el propio ordenamiento jurídico admite y avala una postura omisiva frente a los actos de agresión contra los menores de edad, lo que resulta incompatible con el interés superior del menor.

Una razón adicional que encontró la Corte para que no sean sancionables este tipo de enunciados jurídicos que postulan un deber pero sin subyugarlo a una consecuencia jurídica, radica en la complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, que *“ha llevado a admitir estas modalidades sui generis de preceptos. El voto, por ejemplo, aunque tiene la condición de un deber jurídico, al ser también un derecho subjetivo con una dimensión positiva y una dimensión negativa que habilita a abstenerse de ejercer las prerrogativas contenidas en él, no tiene adscrito, y no puede tenerlo, un efecto jurídico determinado por su infracción. Es por esta razón que en la Sentencia C-224 de 1994²², la Corte declaró la inexecutable de los preceptos legales que fijaron una serie de incentivos por el cumplimiento de los deberes asociados al voto, en el entendido de que se trataba de una forma indirecta de sanción, inadmisibles con la condición sui generis de este deber jurídico”*.

Lo mismo sucede con el artículo 67 de la Ley 906 de 2004, precepto que consagra el deber general de denuncia, no obstante lo cual, únicamente de manera excepcional se sanciona su infracción, tal como se acotó en líneas precedentes. Así las cosas, en la mayor parte de casos la infracción al deber de denuncia no se encuentran sancionadas en el derecho positivo, a pesar de lo cual ostenta la calidad de una obligación.

²² M.P. Rodrigo Escobar Gil.



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

En el caso de marras, existió una falla estructural en los hechos jurídicamente relevantes, pues radicaron desde la imputación, en la omisión de denuncia o de información a terceros por parte de la señora **Mélida Isabel Torres Reales**, sin haberse precisado si dominó el escenario de peligro, y en consecuencia, si tenía la posibilidad de evitación del resultado. No. Lo que se planteó desde el inicio por la fiscalía fue un drama atípico, en el que el acusador bajo el ropaje de la modalidad de comisión por omisión atribuyó a la procesada una omisión de denuncia, lo cual, es un dilema trascendente para efectos morales, y hasta de deber legal por parte nada mas y nada menos que de la madre de la menor víctima, pero que no alcanza la esfera sancionatoria.

Al margen de ello, al no prever nuestra legislación una conducta remanente u otra dentro de la cual se subsuman los hechos endilgados a la procesada y que resulten de igual o menor entidad a la inicialmente enrostrada, la Sala deberá confirmar la decisión de primer nivel en lo que tiene que ver con la absolución a la señora **Torres Reales**, pero por las razones aquí expuestas, sea decir, atipicidad de la conducta.

6.5. Dosificación punitiva al señor Santiago Enrique Torres Jiménez.

En este caso, el delito *acceso carnal abusivo con menor de 14 años* comporta una pena de doce (12) a veinte (20) años de prisión, como quiera que concurre la circunstancia de agravación específica, prevista en el numeral quinto del Art. 211 CP, la pena, conforme lo demarca el Art. 60 ídem, de 1/3 parte al mínimo y la mitad 1/2 al máximo.

Siendo así el mínimo de la pena queda en 16 años, en tanto el máximo quedará en 30 años.

El marco de movilidad descrito se divide en cuartos, cuyos límites quedarán definidos, por un ámbito de movilidad de 3.5 años.

Cuarto mínimo	1° cuarto medio	2° cuarto medio	Cuarto máximo
16 años -19.5 años	19.5 años 1 día – 23 años	23 años 1 día – 26.5 años	26.5 años 1 día – 30 años



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

A continuación se determinará la elección del cuarto de movilidad conforme a los criterios que demarca el Art. 61 CP; la Sala, teniendo en cuenta que no se registran circunstancias mayor punibilidad, y que existe la circunstancia de menor punibilidad consistente en la carencia de antecedentes del condenado, se moverá en el cuarto mínimo. Seguido a ello, para determinar la pena en concreto se deberán tener en cuenta criterios tales como: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo y la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

En el caso de marras, se tiene como criterio que genera una mayor gravedad de la conducta la escasa edad de la menor, pues, se debe precisar que el tipo penal contempla un reproche concreto cuando el acceso carnal sea cometido sobre menor de 14 años, en ese entendido, la Sala, considera conforme a las complejidades de la niña, y teniendo en cuenta la edad con la que contaba -que para la fecha del acceso oscilaba entre los 7 o 8 años, se torna más grave la conducta y nos invita a que la pena, que no parta necesariamente del mínimo; aunado a ello, la necesidad de las penas impuestas se hace ostensible a propósito de sus finalidades, de prevención general y especial, reinserción social, protección y justa retribución, previstas en el artículo 4° del Código Penal, en especial la **reinserción social**, pues el señor **Torres Jiménez**, requiere un tratamiento a efectos de que reflexione sobre lo dañosa que resultó su conducta y de esta manera, una vez cumplida la pena, reintegrarse a la sociedad, y sea apto para vivir en la misma, por lo que, la pena a imponer será de **17 años 6 meses de prisión**.

En lo que atañe a las penas accesorias, acorde con lo reglado en el inciso 3° del artículo 52 C.P. al declarado penalmente responsable se les impondrá la pena de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por un término igual al de la pena de prisión.

6.6. Subrogados penales.

Sin mayores elucubraciones, siendo que el Art. 199 del código de infancia y adolescencia prohíbe expresamente la concesión de cualquier subrogado al procesado, por lo tanto, al existir prohibición legal, la Sala no concederá ningún subrogado al señor **Torres Jiménez**.



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

Finalmente, debido a que el procesado se encuentra en libertad, se ordena su captura inmediata a efectos de que sea puesto a disposición del INPEC, y empiece a descontar la pena aquí impuesta.

6.7. Del Principio de doble conformidad.

Conforme al principio de doble conformidad, ya desarrollado e hilvanado por la Jurisprudencia especializada, en concordancia con el acto legislativo 01 del 2018, y visto que al procesado se le está condenando por primera vez en segunda instancia por este Tribunal, tendrá todo el derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponderá en segunda instancia a la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, se le advierte, que contra esta sentencia que lo condena por primera vez en segunda instancia, cabe la impugnación especial.

Se registra también, que los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial, de manera, que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé la ley 906 del 2004, para el recurso de casación y deberá darse traslado por Secretaría a los no recurrentes, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según el artículo 179 de la ley 906 del 2004; y para los demás sujetos procesales el recurso de casación en los términos del artículo 183 de la ley 906 del 2004.

6.8. Finalmente, la Sala compulsará copias con destino a la Comisión Seccional De Disciplina judicial, para lo de su resorte, en razón a que si bien es cierto, las acciones constitutivas de actos sexuales diferentes al acceso carnal abusivo, de que fue víctima la menor S.L.V.R., a partir de los tocamientos que se hicieron sobre su vestimenta, formaron parte del supuesto fáctico de la acusación y en consecuencia, objeto de investigación y juzgamiento, el fiscal delegado, que adelantó esta última etapa ante el Juez de conocimiento, sin dar razones abandonó el tema probatorio, para acreditar tales hipótesis, por lo que la judicatura, ante ese déficit probatorio solo pudo pronunciarse, frente al delito de acceso carnal abusivo, por lo cual, indudablemente se identifica un manto de impunidad frente a aquellos comportamientos, que por demás, develan una sistematicidad de



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

agravios sexuales, en persona de especial protección constitucional, como es una menor de edad.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

7. RESUELVE.

Primero. Revocar Parcialmente la sentencia absolutoria de fecha 16 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, y en su lugar, **declarar** penalmente responsable al señor **Santiago Enrique Torres Jiménez** como autor de la conducta de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado*, conforme a lo consignado en la parte motiva de esta decisión.

En consecuencia, condenar a **Santiago Enrique Torres Jiménez** a la pena principal de **17 años, 6 meses de prisión**, se le condena a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por un término igual al de la pena de prisión.

Se **Confirma** la absolución de la señora **Mélida Isabel Reales Miranda**, pero conforme a las razones expuestas en la considerativa de este provéido.

Segundo. No conceder al procesado **Torres Jiménez** los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, o cualquier otro subrogado, por prohibición expresa de la ley.

Tercero. Líbrese orden de captura en contra del señor **Santiago Enrique Torres Jiménez** identificado con cédula de ciudadanía **9.287.173**, expedida en Turbaco, Bolívar, para el cumplimiento de la pena impuesta.

Cuarto. Compulsar copias con destino a la Comisión Seccional De Disciplina judicial, para los efectos señalados en el acápite **6.8**.

Quinto. Una vez ejecutoriada la presente decisión, **remitir** a través del trámite de rigor, la actuación a su Juzgado de origen.



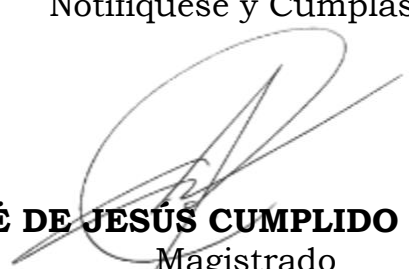
**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA DE
DECISIÓN PENAL**

RADICACIÓN: 13-001-6001128-2018-02036
NO. I. TRIBUNAL: G10 0012-2021.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO
DE CARTAGENA.
PROCESADOS: SANTIAGO TORRES JIMÉNEZ Y MÉLIDA ISABEL
REALES MIRANDA
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE
AÑOS AGRAVADO
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA.
PROCEDIMIENTO: LEY 906 DEL 2004.

Sexto. Notifíquese a las partes e intervinientes, por los canales autorizados, teniendo en cuenta las prescripciones contempladas en el artículo segundo del acuerdo N° 015 del 4 de mayo del 2020, advirtiéndose que contra la misma procede para el acusado y su defensor la Impugnación Especial, cuyo trámite deberá surtirse tal como se anotó en la parte considerativa de este proveído, sin perjuicio de interponer recurso de casación; para los demás sujetos procesales el recurso de casación en los términos establecidos en los artículos 180 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Séptimo. Registrar por intermedio de la Secretaría de la Sala Penal de este Tribunal lo resuelto en la presente providencia en el sistema Justicia XXI.

Notifíquese y Cúmplase,



JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
Magistrado



FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
Magistrado



PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA

LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
secretario