

PROHIBICIÓN DE BASAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA EXCLUSIVAMENTE EN PRUEBA DE REFERENCIA/ La Corte Suprema de Justicia-Sala Penal, ha identificado algunas imprecisiones, que impiden aplicar el artículo 381 en toda su dimensión, entre ellas: (i) la confusión entre prueba de referencia y prueba indirecta; (ii) la posibilidad de demostrar cualquier aspecto de tema a través de la prueba “indiciaria” o “indirecta”; (iii) la forma de corroborar las versiones sobre delitos que suelen ocurrir en la clandestinidad, como es el caso de abuso sexual; y (iv) la diferencia entre la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y la valoración de las pruebas aportadas en cumplimiento de dicha prohibición.

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

ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LAS POSIBILIDADES QUE TIENE EL FISCAL EN EL MANEJO DE DECLARACIONES DE MENORES DE EDAD/ La fiscalía como órgano encargado de ejercer la acción penal, debe tomar todas las medidas a su alcance para que las entrevistas tomadas a los niños por fuera de la audiencia de juicio oral sean adecuadamente documentadas, 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

PRUEBA PERICIAL/VALIDEZ-FASES

FUENTE FORMAL/ Artículos 381, 379, 437 de la Ley 906 de 2004, Ley 1652 de 2013, artículos 344, 356, 375 y 422 del C.P.P.

FUENTE JURISPRUDENCIAL/CSJ SP, Rad. 43866, CSJ SP, Rad. 24468; Rad. 26618, CSJ SP, Rad. 43866; Rad. 26618 y CSJ SP, Rad. 44950.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA SALA PENAL

Cartagena de Indias, D. T. y C, diecinueve [19] de junio
de dos mil veinte [2020].

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE

RAD. No:	13-001-6001128-2011-04198
RAD. INT. No:	G 010- 002 de 2019
PROCEDENCIA:	JUZGADO 5° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
PROCESADO:	MAC DONOBAN PEÑARANDA ARCIA
DELITO:	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS Y OTRO
MOTIVO DE PROVIDENCIA:	APELACIÓN DE SENTENCIA
PROCESO:	LEY 906 DE 2004
APROBADO ACTA N°:	103

1. VISTOS.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado defensor contra la sentencia ordinaria proferida el día 13 de diciembre de 2018 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, mediante la cual se condenó a **MAC DONOBAN PEÑARANDA ARCIA** por los delitos de Acceso Carnal Abusivo con menor de Catorce años y Acto Sexual con menor de Catorce Años en concurso Homogéneo Heterogéneo Sucesivo Agravado (Art. 208, 209, 211.5 del C.P.).

2. HECHOS

Los hechos jurídicamente expuestos en la formulación de acusación y reiterados en sentencia de primera instancia son los siguientes:



“Aconteció desde el mes de marzo de 2010, por lo menos en cuatro (4) oportunidades, en una habitación ubicada en el Barrio La Candelaria, Cra. 41 A N° 32 D de ésta ciudad, MAC DONOBAN PEÑARANDA ARCIA, le realizó actos sexuales diferentes del acceso carnal a su prima M.P.F.¹ de nueve años de edad, consistente en besarla, tocarle los genitales y accederla carnalmente por la boca, aprovechándose que la niña iba a la vivienda donde éste residía. La menor presentó una enfermedad de transmisión sexual compatible con Condilomatosis”

3. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

3.1. En audiencia preliminar celebrada el día 25 de julio de 2011², ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ciénaga de Oro (Córdoba), se impartió legalidad al procedimiento de captura del señor MAC DONOBAN PEÑARANDA ARCIA.

La Fiscalía formuló imputación por el delito de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS**. El Imputado no aceptó el cargo formulado.

El Juzgado de Control de garantías impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión.

3.2. El escrito de Acusación fue radicado el día 8 de agosto de 2011³, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, célula judicial ante el cual se formuló

¹ La información que permite identificar o individualizar al (los) menor (es), fue suprimida, con miras a garantizar la intimidad, privacidad y dignidad humana, de acuerdo con los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.

² Folio 3 del cuaderno de conocimiento

³ Folios 4 a 9 del cuaderno de conocimiento



acusación el día 23 de agosto de 2011⁴ por los delitos de **Acto Sexual con menor de catorce años Agravado en concurso heterogéneo sucesivo con el delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años agravado (Art. 208, 209 y 211 N° 3 y 5 del C.P.)**.

3.3. Continuando con el rito procesal, el desarrollo de la Audiencia preparatoria se llevó a cabo el 15 de septiembre de 2011, sin embargo la misma fue declarada nula el día 18 de octubre de 2011⁵, al haberse demostrado que se transgredieron los derechos al debido proceso y defensa técnica.

3.4. La audiencia preparatoria, con las solemnidades de rigor se desarrolló nuevamente el día 27 de octubre de 2011⁶, en ella se decretó la práctica de todos los medios de convicción solicitados por la defensa y la Fiscalía.

3.5. El Juicio Oral, se instaló el día 14 de marzo de 2014⁷, diligencia en la que se escuchó la teoría del caso de la fiscalía, la defensa se abstuvo de hacer lo propio, y se inició con la práctica de los medios de convicción. Las partes estipularon en ésta ocasión la plena identidad del procesado, la plena identidad de la menor y la descripción del lugar de los hechos. La audiencia fue suspendida por falta de comparecencia de alguno de los testigos de la Fiscalía.

3.6. El 14 de agosto de 2017⁸ y 26 de octubre de 2018, se continuó con el trámite procesal, culminando con la práctica de las pruebas solicitadas por la fiscalía y la defensa. En esta última calenda,

⁴ Folios 23 del cuaderno de conocimiento

⁵ Folios 39 y 40 del cuaderno de conocimiento

⁶ Folio 43 del cuaderno de conocimiento

⁷ Folio 1 del cuaderno de conocimiento

⁸ Folio 98 y 99 del cuaderno de conocimiento



se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio, seguido a ello, se dio trámite a la etapa prevista en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal del 2004.

3.7. La sentencia, fue emitida el día 13 de diciembre de 2018⁹, decisión que fue objeto de apelación por parte de la Defensa.

3.8. Finalmente, por reparto correspondió a ésta Sala desatar el recurso impetrado por el defensor, que ataca el pronunciamiento de primer grado.

4. LA SENTENCIA APELADA

El Juez Cognoscente de los hechos materia de investigación, después de hacer un relato de los acontecimientos fácticos, pasó a advertir que con las pruebas practicadas en el juicio oral se determinó más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal del procesado MAC DONOBAN PEÑARANDA ARCIA por los punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y acto sexual con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo heterogéneo.

De igual forma, se indica en la decisión que mediante la figura de la Corroboración periférica, se logró establecer que la menor siempre mantuvo un relato común y coherente en todos sus aspectos principales, por lo que es plenamente creíble la versión que ella dio antes del juicio oral.

Adicional a ello, se señala en la providencia que dentro del juicio oral no se advirtió algún sentimiento de animadversión, que ubique el relato de la víctima en una mentira fantasiosa.

⁹ Folios 120 a 135 del cuaderno de conocimiento



Por todo lo indicado y después de hacer los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se condenó al Señor Peñaranda Arcia por los punibles atrás indicados.

5. DE LA APELACIÓN.

El **defensor** no conforme con la decisión emitida, interpone el recurso de apelación, en el cual expone que se ha vulnerado el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la sentencia de condena se fundamenta exclusivamente en prueba de referencia.

Advierte el censor, que al haberse desistido por parte de la fiscalía del testimonio de la menor y sus progenitores (prueba directa), todas aquellas declaraciones que se practicaron en el juicio oral constituyen prueba de referencia admisible, con la cual no se puede emitir sentencia condenatoria.

En similar sentido expone que, comoquiera que ninguno de los declarantes ofrecidos por la Fiscalía fue testigo directo de los hechos, ello conlleva que se afirme que no se cumplieron con los parámetros señalados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Rad. 47789, por cuanto era deber del ente acusador solicitar las pruebas de referencia en la audiencia preparatoria.

Igualmente añade, que en el juicio oral no se demostró la materialización del delito de acceso carnal, pues los declarantes no se refirieron a ello.

Por otro lado, el recurrente cuestiona el hecho por el cual se ha indicado que la menor adquirió una enfermedad de transmisión sexual



vía anal, siendo que la Fiscalía en su acusación ha afirmado que la penetración ocurrió fue vía oral, por lo que en su apreciación, los condilomas que padece la menor debieron haber sido adquiridos por aquella vía (oral) y no por la anal. Sumado a ello, manifiesta que de acuerdo a lo expresado por el testigo de descargo, JUAN FRANCISCO GUERRERO ARCIA, el baño de la residencia que frecuentaba la menor no tenía la asepsia necesaria, por lo que esa pudo ser la causa de la enfermedad.

Por todo lo anterior, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, y en su lugar se absuelva al procesado de todos los delitos que le fueron endilgados.

6. LOS NO RECURRENTES

No se pronunciaron.

7. CONSIDERACIONES.

7.1. 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 proferidas por los Jueces Penales del Circuito de Cartagena.

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.



7.2. Delimitación de los cargos

Auscultado el argumento de la Defensa como recurrente, le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. *Determinar si se vulneró la prohibición de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia.*
2. *Establecer si dentro de las probanzas se configuró el delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años agravado y acto sexual con menor de Catorce años agravado en concurso homogéneo sucesivo heterogéneo, y si está probado más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal de MAC DONOBAN PEÑARANDA ARCIA.*

La Sala *ad initio* de resolver los cuestionamientos señalados, debe indicar que en caso de prosperar el primero de ellos, por sustracción de materia se abstendrá de resolver el restante.

Como criterios para solventar el asunto, la Sala abordará los siguientes presupuestos: (i) *De la prohibición de basar una sentencia condenatoria exclusivamente en prueba de referencia;* (ii) *De la prueba de referencia;* (iii) *Del análisis sistemático de las posibilidades que tiene el fiscal en cuanto al manejo de las declaraciones de menores de edad;* y (iv) *De la prueba Pericial.* Para posteriormente realizar una valoración probatoria del caso concreto.



7.2.1. De la prohibición de basar una sentencia condenatoria exclusivamente en prueba de referencia.

El artículo 381 de la Ley 906 de 2004, establece que la “*sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia*”.

La disposición citada emerge para el procesado como una garantía fundamental, íntimamente ligada con el principio de confrontación e inmediación de la prueba, obteniendo así la de referencia un mérito menguado o restringido, al punto que no podrá servir por si sola para fundamentar la sentencia condenatoria.

En la práctica judicial, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal¹⁰ ha identificado algunas imprecisiones, que impiden aplicar el artículo 381 en toda su dimensión, entre ellas: (i) la confusión entre prueba de referencia y prueba indirecta; (ii) la posibilidad de demostrar cualquier aspecto de tema a través de la prueba “indiciaria” o “indirecta”; (iii) la forma de corroborar las versiones sobre delitos que suelen ocurrir en la clandestinidad, como es el caso de abuso sexual; y (iv) la diferencia entre la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y la valoración de las pruebas aportadas en cumplimiento de dicha prohibición.

De otro lado, como se mencionó, la responsabilidad penal puede establecerse a través de inferencias, pues a pesar de que en la Ley 906 de 2004 no incluyó la “*prueba indiciaria*” como un medio de conocimiento, mediante el desarrollo jurisprudencial se le ha dado ese

¹⁰ CSJ SP, Rad. 43866



status de medio de convicción (CSJ SP, 30 de marzo de 2006, rad. 24468, entre otras).

Bajo este orden, tenemos que la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, estipula una tarifa legal negativa de la prueba para proferir sentencia condenatoria, la cual se puede superar con otras pruebas que acompañen la prueba de referencia, como las denominadas “indirectas”, *“porque si la condena puede estar basada exclusivamente en este tipo de pruebas¹¹, a fortiori puede afirmarse que las mismas pueden ser suficientes para superar la restricción objeto de análisis.”¹²*

7.2.2. De la prueba de referencia

La Ley 906 de 2004 establece en el artículo 437, que prueba de referencia es *“toda declaración realizada por 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 admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional (Artículo 379 *ídem*), por virtud del cual se limita a la hipótesis en las que el testigo no se encuentre disponible para declarar en el juicio oral. La naturaleza excepcional de esta prueba obedece básicamente a que la declaración extrajuicio, lesiona los derechos a la confrontación del testigo y el principio de inmediación judicial, lo que constituyen en

¹¹ CSJ SP, Rad. 24468; Rad. 26618, entre otras

¹² CSJ SP, Rad. 43866; Rad. 26618, entre otras



garantías procesales fundamentales del sistema penal acusatorio¹³. Es por esta razón que el artículo 381, impone que *“la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”*.

Ahora, en tratándose de declaraciones de menores de edad, se ha indicado que la protección superior de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, especialmente de abuso sexual y otras conductas graves, impone la flexibilización de las reglas generales sobre prueba testimonial, *“lo que se traduce en la posibilidad de incorporar como prueba sus declaraciones anteriores, así el niño comparezca al juicio oral”*.

A demás de la imposibilidad de comparecencia de los testigos a la audiencia de juicio oral, las declaraciones previas también pueden introducirse como medio probatorio, este caso emerge, cuando el deponente comparece al juicio oral a rendir su testimonio y, en esa oportunidad, cambia la versión inicial o se retracta de la misma¹⁴.

En este criterio, 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.

¹³ Art. 240 – 4 Constitucional, y 8 literales k, 15, 16, 379 y 402 del C.P.P. del 2004

¹⁴ CSJ SP, Rad. 44950. “La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.



La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, al definir las particularidades de la prueba de referencia, señaló las siguientes: «(i) una declaración realizada 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)»¹⁵.

7.2.3. Del análisis sistemático de las posibilidades que tiene el fiscal en cuanto al manejo de las declaraciones de menores de edad.

En sistema procesal implementado con el Acto legislativo 03 de 2002 y desarrollado con la Ley 906 de 2004, la Fiscalía es la entidad encargada de ejercer la acción Penal. Esa función le implica, entre muchas otras cosas, la posibilidad de seleccionar los medios de conocimiento que podrá emplear para demostrar su teoría del caso ante el juez de conocimiento, según los límites constitucionales y legales de la práctica de la prueba en el ámbito penal.

El manejo de las declaraciones de menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de probables víctimas de abuso sexual o de otros delitos graves, debe estar sujeta siempre a las interpretaciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas del ordenamiento interno que consagran los

¹⁵ CSJ AP-2770-2015, 25 may. 2015, rad.45578.



derechos de los niños, niñas y adolescentes, y por otro lado, los derechos del acusado, sin perjuicio del interés de la comunidad de que estos delitos sean esclarecidos y sus responsables sancionados.

La fiscalía al afrontar una investigación en donde se vean inescindiblemente vinculados los derechos de los Niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), debe evaluar con detenimiento cada caso en particular, considerando entre todos los aspectos, lo consagrado en la Ley 1652 de 2013 que estableció la facultad del ente acusador de sopesar en cada situación la necesidad de utilizar la declaración del menor para soportar la teoría del caso, especialmente cuando se cuenta con otros medios de conocimiento que puedan ser suficiente para el cabal ejercicio de la acción penal.

Entonces, la fiscalía debe analizar las consecuencias que se derivan del llamado de utilizar las declaraciones de los menores en el juicio oral. Así por ejemplo, si opta por presentar como prueba de referencia la declaración anterior del menor, está en la obligación de adelantar una investigación especialmente minuciosa, orientada a obtener medios de conocimientos que permitan superar la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, según el cual la condena no puede estar basada exclusivamente en pruebas de referencias.

Por todo lo anterior, la fiscalía como órgano encargado de ejercer la acción penal, debe tomar todas las medidas a su alcance para que las entrevistas tomadas a los niños por fuera de la audiencia de juicio oral sean adecuadamente documentadas, bien para que la defensa pueda ejercer de mejor manera sus derechos, ora para que el juez tenga mejores elementos de juicio para valorar el testimonio del menor.



7.2.4. De la prueba pericial

La validez de la prueba pericial, como cualquier otra, está sujeta al cumplimiento del debido proceso, que incluye las siguientes fases:

a. Descubrimiento del informe base de la opinión pericial, en las oportunidades previstas en los artículos 344 y 356 del C.P.P., y, en todo caso, a más tardar cinco (5) días antes de la celebración de la audiencia pública (art. 415). Esa base o fundamento de la opinión debe contener la explicación de los temas referidos en el literal d.

b. Previa enunciación de la prueba en la audiencia preparatoria, la parte interesada debe solicitarla sustentando su pertinencia.

c. El juez decretará la admisibilidad de la prueba pericial siempre que constate que es pertinente porque guarda relación con los hechos jurídicamente relevantes (art. 375), necesaria porque se requieren «*conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados*» (art. 405), y que éstos aportarán claridad al asunto en lugar de confusión (art. 376-b).

En el examen de admisibilidad, tal y como se explicó en la SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637, resulta esencial establecer la confiabilidad de la base técnico-científica, para lo cual resultan importantes los criterios establecidos en el artículo 422 para la «*admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel*», cuales son:

- 1- *Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.*



- 2- *Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.*
- 3- *Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de opinión pericial.*
- 4- *Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.*

d. En juicio oral, el perito deberá comparecer a rendir interrogatorio, durante el cual, en primer lugar, se establecerá su condición de experto en la respectiva materia, lo cual dependerá de sus conocimientos teóricos y prácticos, así como del manejo de los instrumentos o medios empleados. Una vez hecho lo anterior, el perito deberá explicar como mínimo: (i) los «*principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis*», (ii) el grado de aceptación de los mismos en la comunidad científica, (iii) los «*métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso*», y (iv) «*sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza*». (Art. 417 C.P.P.)

Estas reglas del interrogatorio al perito, permiten concluir, como se dijera en la SP1557-2018, may. 9, rad. 47423, que:

...los peritos comparecen al juicio oral a explicar unas determinadas reglas o principios técnico-científicos, que sirven de fundamento a sus conclusiones frente a unas situaciones factuales en particular. Igualmente, deben precisar el nivel de probabilidad de la respectiva conclusión, que, a manera de ejemplo, suele ser más alta en los exámenes de ADN que en algunos conceptos psicológicos. Del experto se espera que, en cuanto sea posible, traduzca al lenguaje cotidiano los aspectos técnicos, de tal suerte que el Juez: (i) identifique y comprenda la regla que permite el



entendimiento de unos hechos en particular; (ii) sea consciente del nivel de generalidad de la misma y de su aceptación en la comunidad científica; (iii) comprenda la relación entre los hechos del caso y los principios que se le ponen de presente; (iv) pueda llegar a una conclusión razonable sobre el nivel de probabilidad de la conclusión; etcétera.

Visto de otra manera, al perito le está vedado presentar conclusiones sin fundamento, opinar sobre asuntos que escapan a su experticia, eludir las aclaraciones que debe hacer sobre el fundamento técnico científico de sus apreciaciones, no precisar el grado de aceptación de esos principios en la comunidad científica, abstenerse de explicar si las técnicas utilizadas son de orientación, probabilidad o certeza, etcétera.

La intención del legislador de evitar que los expertos emitan opiniones que no tengan un adecuado soporte técnico-científico se hace palmario en la reglamentación de la admisibilidad de publicaciones y de prueba novel, prevista en el artículo 422 de la Ley 906 de 2004 (...).

7.3. Del Caso concreto

7.3.1. La Sala, en primer lugar, tal como se advirtió en la delimitación de los cargos, analizará el argumento presentado por el recurrente, el cual se encuentra orientado a catalogar a la sentencia como ilegal, por cuanto en su criterio se condenó al señor Mac Donoban Peñaranda Arcia, con fundamento exclusivo en prueba de referencia, contrariándose así lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 que lo prohíbe.



Decantado el primer cuestionamiento, la Sala puede observar que el mismo consiste en un error de derecho por falso juicio de convicción, circunstancia ésta que conlleva a que de forma inexorable, se analicen las pruebas practicadas y debatidas en el juicio oral, y los fundamentos probatorios y jurídicos del fallo de primera instancia.

Importante es anticipar que la menor M.P.F. y sus progenitores, no asistieron al debate público, no obstante a los esfuerzos realizados por la fiscalía con ese fin, por lo que la actividad probatoria se redujo a los testimonios de DOLLY ESTELA ARCILA VÁSQUEZ, CARLOS ALBERTO CABARCAS DE LOS RÍOS, ORIANA DEL PILAR LUJAN RUZ, LILIANA MARCELA PINEDO CRUZ, RODRIGO DE JESÚS VIVERO CAMACHO y JUAN FRANCISCO GUERRERO GARCÍA. El último como testigo de la Defensa.

En este orden, se analizará, en lo esencial, lo depuesto por los testimoniales para luego de ello, establecer si se superó el umbral señalado en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

7.3.1.1. Declaración de **DOLLY ESTELLA ARCILA VÁSQUEZ**, psicóloga forense del CTI, quién empleando el Protocolo SATAC¹⁶, le realizó una entrevista forense a la menor M.P.F.

Después de explicar en qué consistió el procedimiento empleado al momento de recepcionar la entrevista, refirió la testigo que M.P.F., le indicó que:

¹⁶ CSJ SP. 30 Ene. 2019, Rad. 51672: “el protocolo SATAC de entrevista semi estructurada usado por la declarante no es un mecanismo de valoración psicológica sino un instrumento que permite modificar los diferentes componentes del interrogatorio, según la competencia comunicativa de la víctima, su desarrollo y proceso de la revelación, entre otros factores, con el propósito de obtener la narración espontánea de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos. No constituye, por tanto, una prueba pericial sino la forma de obtener de la víctima menor de edad información útil para la investigación, mediada por un profesional de la salud.”



“cuando ella iba donde su abuelita, el primo (Mac Donoban Peñaranda) le decía algunas veces que se le habían quedado las chancletas y le decía que fuera a buscárselas, que ella iba hasta la casa de él y él se iba detrás de ella, cuando llegaban a la casa, él le dice “si hablas ya sabes””.

Refiriéndose al lugar y la forma como acontecían los hechos, informa la declarante que la niña le indicó que:

“sucedian en la casa de él (Mac Donoban Peñaranda), en la cuarto de él (...), “él me decía, quítate el mocho” y después aclara, “me lo bajaba”, o sea que ella se lo bajaba, él se lo bajaba y hay era cuando se lo pasaba por detrás y dice “él me ponía a que me acostara boca abajo”, (...) “él me decía que le tocara el pene y la niña mueve su mano de abajo hacia arriba empuñada, y dice, “coge ve, hazle como un bom bom bum”, entonces yo le pregunto a qué le hacías como un bom bom bum y me decía que al pene, yo me arrodillaba para hacerle como un bom bom bum”¹⁷”

Ésta deponente dentro del debate público, no emite un concepto profesional u opinión pericial que denote su percepción especializada sobre lo manifestado por la menor, solamente se limita a recordar lo que aquella le expuso en la entrevista forense que le práctico, circunstancia ésta que indica de entrada que la declaración de Dollys Estella Arcila Vásquez, a pesar de haberse solicitado y practicado como prueba pericial, ella lo que se constituye es en el vehículo empleado para introducir al debate la declaración anterior rendida por la menor de edad víctima de aquél vejamen, la cual ésta última se configura como **prueba de referencia admisible**.

¹⁷ Record 23:48 de la audiencia de juicio oral celebrada el día 14 de marzo de 2014.



7.3.1.2. CARLOS ALBERTO CABARCAS DE LOS RÍOS, perito psicólogo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, manifestó que de la valoración realizada a la menor M.P.F., logró determinar que:

“el relato que viene ofreciendo la menor M.P.F. guarda consistencia y coherencia con los relatos anteriores o previos realizados por ella misma en escenarios como una entrevista forenses, etcétera. También encontramos un respaldo afectivo, en otros términos, existe un tono emocional que guarda relación entre lo que ella dice verbalmente y la manera como ella se observa al momento en que se expresa, entonces encontramos a una niña que al momento de versar sobre los hechos que están en proceso de investigación, se torna muy tensa, se nota intranquila, expresa verbalmente que se sintió atemorizada por la persona que ella reconoce como su agresor, el cual ella identifica, como lo ha hecho previamente como Mac Donoban, un primo de ella, en su relato la niña manifiesta que ésta persona (...), le hizo tocamientos en su cuerpo, para ser más específico, ella habla que estos hechos ocurrieron en la casa de ésta persona, y que ésta persona cometía este tipo de tocamientos cuando se encontraba en el cuarto o en uno de los cuartos de ésta casa, concretamente ella habla de que Mac Donoban, le pasaba su pene por su ano, también manifiesta la menor que Mac Donoban le pedía que le besara su pene, lo cual hizo”.

En cuanto a las conclusiones halladas por el profesional, se indicó que “el relato de la menor es consistente, coherente, descriptivo en detalles, el cual sirve para manifestar que hay una mantención de los hechos relacionados o referidos por la menor en cuanto a la ocurrencia del evento abusivo que ella refiere a ver evidenciado”.

7.3.1.3. Declaró igualmente, la perito **ORIANA DEL PILAR LUJAN RUZ**, Médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal y



Ciencias Forenses, donde manifestó que en su labor profesional valoró a la menor M.P.F., de 10 años de edad para la fecha del experticio.

Después de relatar en que consistió el procedimiento empleado, expuso que la menor M.P.F., le narró al momento de realizar la anamnesis lo siguiente:

“ella fue a visitar un tío y su primo Mac Donoban le había mandado a buscar unas chancletas al cuarto, luego se fue detrás de ella y le dijo que se bajara los pantalones, ella dice que él la amenazó diciéndole que si decía algo a su mamá, pues le iba a pasar algo, entonces él en ese momento aprovechó y se bajó la pantaloneta y comenzó a tocarla en sus genitales, específicamente en la región anal, ella manifiesta que eso ocurrió en varias ocasiones, aproximadamente en 4 ocasiones, y siempre lo hacía por la región vulvar (sic)... él le decía que le tocará algunas partes de su cuerpo e incluso el pene que lo tocara y lo besara y que ella en una oportunidad lo hizo...”

Referente a la valoración médica realizada a la menor M.P.F., expresó la galena que le halló a nivel anal unas lesiones de aspectos verrugosos que eran compatibles con una enfermedad de transmisión sexual denominada Condilomatosis, por lo que procedió a remitirla a una Unidad Hospitalaria para que le fueran tomadas unas biopsias.

Al ser contrainterrogada por el Defensor, la profesional Oriana Lujan Ruz, declaró que la Condilomatosis es una enfermedad de transmisión sexual, la cual también puede ser transmitida vía oral, sin embargo, afirma que probablemente con un beso no es suficiente para ser contagiada, ya que debe existir una “secreción del pene para que haya contagio”.



Asimismo, expresó la deponente que, de acuerdo a la literatura científica no ésta reportada que la enfermedad de condilomatosis pueda ser adquirida por el uso de un sanitario sucio, ya que éste para coexistir necesita de una secreción.

7.3.1.4. Igualmente, depuso en el juicio oral, la Psicóloga del Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja, **LILIANA MARCELA PINEDO**, quién expresó que atendió a la menor M.P.F. por remisión expresa del servicio de urgencias, porque al parecer la niña presentaba unas lesiones en el área anal y existía una sospecha de agresión sexual.

Expone que al momento de valorar a la menor, ésta le dijo que “desde hace mucho tiempo su primo Mac Donoban, le tocaba su área anal con el pene y muchas veces le contaba que ella no le podía contar nada a nadie, porque le iba hacer daño a ella y su familia”.

Refiriéndose al estado emocional de la menor, indicó la psicóloga que, aquella se encontraba ansiosa al momento del relato, lloraba mucho, y presentaba un rechazó hacia su propio cuerpo, teniendo pensamientos distorsionados que le generaban miedo y angustia, por lo que le trabajó esos pensamientos con una técnica racional emotiva de enfoque cognitivo conductual.

7.3.1.5. Como última prueba aportada por la Fiscalía, declaró el médico pediatra del hospital Napoleón Franco Pareja, **Dr. RODRIGO RIVERO CAMACHO**, quien expresó que cuando se encontraba en turno de disponibilidad de urgencia del centro médico, le fue informado que había un caso de una menor catalogado como abuso sexual, toda vez que presentaba lesiones a nivel perianal, compatibles con unos condilomas.



Al referirse a la enfermedad de transmisión sexual, la describió como *“unas lesiones que aparecen en la piel y que hasta que no se demuestre lo contrario, son de transmisión sexual...”*.

Asimismo, refirió que su labor fue la de verificar los exámenes de VIH, Hepatitis B, para tener la certeza de que todo fuera negativo, ilustrándoles a los parientes de M.P.F. todo el protocolo establecido para las pacientes víctimas de abuso sexual.

7.3.1.6. Como testigo presentado por la Defensa declaró en el juicio oral el señor **JUAN FRANCISCO GUERRERO GARCÍA**, quién manifestó que residía al lado del lugar donde presuntamente acontecieron los hechos, por lo que siempre lograba observar a la menor acompañada con su hermanita y una prima, pero que nunca la vio ingresar sola al inmueble, *“porque eso era un patio y ella entraba por la parte de atrás.”*

Informa además que, el baño de la vivienda que frecuentaba la niña M.P.F., se encontraba en el patio y no tenía techo ni puerta, sino una cortina, por lo que estaba a la intemperie.

En el ejercicio del contrainterrogatorio, el testigo expresó que su excompañera sentimental es cuñada de la mamá del procesado Mac Donoban Peñaranda Arcia.

7.3.2. Realizado el anterior recuento probatorio, la Sala puede observar que dentro de las pruebas de cargo presentadas por el ente acusador, solo se enarbola una sola prueba de referencia admisible (declaración de la menor M.P.F. rendida por fuera del juicio oral y que fue introducida en el juicio oral a través de la psicóloga Dolly Estella



Arcila Vásquez), y cuatro pruebas periciales, estas son las de CARLOS ALBERTO CABARCAS DE LOS RÍOS, ORIANA DEL PILAR LUJAN RUZ, LILIANA MARCELA PINEDO CRUZ Y RODRIGO DE JESÚS VIVERO.

Por lo dicho, se procederá a establecer si esas pruebas periciales, tienen la connotación de prueba directa, las cuales ayudarían a superar la prohibición de condena establecida en el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

En tal sentido, se tiene que la prueba pericial, siempre debe estar acompañada de un presupuesto fáctico, que son los datos o información fáctica suministradas por otros medios de prueba, como declaraciones de testigos o aquellas percepciones directas del perito. Entonces, cuando un perito, tiene conocimiento personal y directo de los hechos sobre los cuales opina, como sucede en este caso con las declaraciones de la médica legista y del pediatra que emitieron su opinión sobre el contagio de la enfermedad de transmisión sexual de Condilomatosis, o de los psicólogos que advierten la presencia en la menor de unos síntomas relacionados con una experiencia sexual traumática (huella de abuso sexual), son aspectos que hacen que el perito, pueda catalogarse como testigo directo de esos datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

En el caso de marras, se tiene que la opinión pericial demostrada en el juicio oral con los psicólogos CARLOS ALBERTO CABARCAS y LILIANA MARCELA PINEDO CRUZ, quienes valoraron a la menor M.P.F. en su aspecto comportamental y cognitivo, estableciendo la presencia de síntomas tales como, temor, miedo, ansiedad, aislamiento y rechazó de su propio cuerpo, son aspectos que permiten catalogar a los profesionales como testigos directos de dichos síntomas, por



cuanto han sido ellos quienes han valorado y percibido directamente las secuelas que presentó la menor. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en decisión del 11 de julio del año 2018, Rad. 50637, lo siguiente:

«[...] (ii) si, por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del “*síndrome del niño abusado*”, será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física; y (iii) a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido.»

En ese entendido, resulta indiscutible que los psicólogos CARLOS ALBERTO CABARCAS y LILIANA MARCELA PINEDO CRUZ, son testigos directos de las secuelas o hallazgos postraumáticos, o lo que es lo mismo, impactos a nivel emocional y cognitivo que padece la menor M.P.F. como consecuencia de un asalto sexual.

Por otro lado, teniendo de presente la prueba pericial sexológica realizada por la médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Dra. Oriana Del Pilar Lujan Ruz, se logra establecer que la misma se compone de dos partes claramente diferenciables: (i) el relato espontaneo de la menor en la *anamnesis*; y (ii) la valoración sexológica realizada en la menor M.P.F, a partir de la observación personal del cuerpo y los órganos genitales, que la llevaron a concluir que la menor presentaba una lesión compatible con una enfermedad de transmisión sexual denominada Condilomatosis en el área anal.



En este orden, la primera parte de la declaración ofrecida por la Dra. Lujan Ruz, conformada por la *anamnesis*, corresponde a hechos de los cuales la perito no es testigo directo, sino un simple receptor de la información que le sirvió de base para orientar su pericia. En cambio, en cuanto a las lesiones halladas en el área anal de la niña M.P.F., consistente en una enfermedad de transmisión sexual denominada Condilomatosis, ésta sí corresponde a circunstancias percibidas personalmente por la profesional de la salud, siendo entonces para efectos probatorios, testigo directo de estos hechos.

El concepto del médico pediatra RODRIGO RIVERO CAMACHO, también se enaltece como testigo directo de los hechos, por cuanto él solo se refiere a las condiciones sintomatológicas que logró percibir directamente en la humanidad de la menor, concretamente en la región anal, donde al igual que la perito Oriana Lujan Ruz, dictamino que la niña padecía de una enfermedad de transmisión sexual denominada Condilomatosis.

En este caso, debemos recordar que los peritos que rindieron su declaración en el juicio oral son **“testigos directos”** de esos hechos o datos que resultan relevante para el asunto, toda vez que han constatado la configuración del hecho jurídicamente relevante, a partir del cual se puede inferir los presupuestos factuales de la consecuencia prevista en la respectiva norma penal.

Las opiniones de los peritos, se constituyen como base de lo que ellos presenciaron o de la información suministrada por la menor, de allí que puedan referirse a hechos jurídicamente relevantes, en el *sub judice*, los psicólogos en ejercicio de su función, presenciaron los aspectos emocionales y cognitivos a partir de los cuales determinaron



la existencia de síntomas traumáticos en la menor M.P.F.; y, la médica forense y el pediatra, además de escuchar el relato de la niña para fundamentar la anamnesis de su experticia, presenciaron las verrugas que se presenta la menor en su recto, lo cual enmarcaron como una sintomatología de la enfermedad de transmisión sexual de Condilomatosis.

Sobre la calidad de testigo directo del perito, es preciso traer a colación, lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal mediante radicado 50637, en donde se dijo:

*“En este orden ideas, cuando las partes y/o el Juez aducen que el perito psicólogo (o cualquier otro experto) es **“testigo directo”**, tienen la obligación de precisar cuál es el hecho o el dato percibido en los términos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004. Esto es necesario para dotar de racionalidad el alegato o la decisión y para permitir mayor control a las conclusiones en el ámbito judicial. Así, por ejemplo: (i) si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista a un menor, será testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon[1]; (ii) si durante esa diligencia percibió síntomas a partir de los cuales pueda emitirse una opinión sobre la existencia del “síndrome del niño abusado” o cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso, se debe indicar con precisión ese aspecto de la base fáctica y, obviamente, la misma debe explicarse a la luz de una base “técnico-científica” suficientemente decantada, según se indicó en precedencia; (iii) en el evento de que el perito se haya basado en otra información para estructurar la base fáctica de la opinión, la misma debe ser adecuadamente explicada, sin perjuicio de la obligación de descubrirla oportunamente; etcétera.*



Cuando la sentencia está basada en prueba de referencia, las anteriores precisiones adquieren una especial relevancia, porque se hace necesario determinar si el perito realmente aporta información adicional (a la declaración rendida por fuera del juicio oral), que permita superar la prohibición prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para lo que, sin duda, resulta insuficiente con expresar, sin ninguna aclaración, que el perito es “testigo directo”.

Por lo expuesto anteriormente, es claro que las pluricitadas pruebas periciales dan cuenta del estado psicológico, emocional y fisiológico de la menor M.P.F., lo que a su vez, permite colegir sobre la existencia de síntomas compatibles con una situación traumática, que denotan la existencia de unas huellas de un abuso sexual.

Conforme al anterior recuento, no cabe la menor duda que las declaraciones bajo examen constituyen una base de opinión pericial, porque se soportan en conocimientos científicos o especializados, en donde los peritos explicaron los exámenes o verificaciones basadas en técnicas de orientación y credibilidad, las cuales resultaron determinante para establecer los informes base de pericia.

En las anotadas condiciones, fulge diáfano afirmar que la sentencia condenatoria, no se encuentra edificada únicamente en la prueba de referencia admisible, sino que se allegó prueba directa que permitió superar al *a quo* la prohibición establecida en el artículo 381 de la ley 906 de 2004.

De igual forma, no solo de la simple constatación de la prueba obrante en la actuación se puede inferir el grado de superación de la



prohibición exigida por la norma procesal penal para emitir sentencia de carácter condenatorio, sino que dentro de la sentencia recurrida para zanjar la dificultad probatoria presentada, se acudió a la metodología analítica de la corroboración periférica, la cual impone la obligación de analizar los datos demostrados en el proceso que pueden hacer más creíble la versión de la víctima.

En tal medida, no solo mediante la prueba directa que obra en la actuación, se edificó el grado de responsabilidad penal del procesado Mac Donoban Peñaranda, sino que se corroboraron todos aquellos datos atinentes a la comisión de los delitos con las diferentes versiones que rindió la menor en los diferentes escenarios donde expuso los hechos, aspectos estos que le ayudaron al fallador a exponer las razones por las que consideraba que la conducta penal existió y que la misma fue cometida por el acusado.

En síntesis de lo expuesto, el fallo de primer grado, terminó fundamentándose no solo en la prueba de referencia admisible a la que hemos hecho alusión, sino en la prueba directa pericial rendida por los galenos y los psicólogos, y en el análisis de corroboración periférica efectuado en los aspectos comportamentales, cognitivos y afectivos expresados por la menor en los diversos escenarios en los que rindió su declaración, es decir, el fallo recurrido, no desconoció el contenido del inciso segundo del artículo 381 del estatuto procesal penal, que limita la eficacia probatoria de la prueba de referencia.

En consecuencia de lo anterior, el cargo de falso juicio por convicción no prospera.



7.3.3. Superada la arista anterior, y teniendo de presente que dentro de la actuación obra prueba de referencia admisible y prueba directa que permite superar la prohibición establecida en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, inciso segundo, ésta Colegiatura pasará a verificar si de tales medios de convicción se puede establecer más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal del procesado Mac Donoban Peñaranda Arcia, en los punibles por los que fue condenado en primera instancia.

Bajo tal hilo conductor, se tiene que apreciado en conjunto¹⁸ el dossier probatorio, el sustrato fáctico por el que se acusó al señor Mac Donoban Peñaranda, se concretó para el *a quo*, en la particularidad que éste en calidad de primo de la menor M.P.F., aprovechaba su superioridad para enviar a la niña en búsqueda de unas chanclas a la vivienda de aquél, espacio que era aprovechado para irse detrás de ella e ingresarla a su habitación y ahí saciar sus apetitos sexuales.

El recurso de apelación interpuesto por el apoderado defensor, en este punto, ésta orientado a indicar que se realizó una indebida valoración probatoria por parte del *a quo*, ya que según su parecer, no está demostrado que el procesado MAC DONOBAN PEÑARANDA haya penetrado vía oral a la menor, sino por el contrario, que las lesiones que padece la misma, son consecuencia de una enfermedad que pudo haber adquirido por la falta de higiene que presentaba el baño de la residencia que frecuentaba, razón por la cual solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva al procesado por los punibles señalados.

¹⁸ Art. 380 de la Ley 906/2004



La Sala advierte desde ahora, que efectivamente le asiste razón al recurrente, pero solo en cuanto a la estructuración del delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años, por aplicación del principio del *in dubio pro reo*, más no por el delito de Acto sexual con menor de catorce años, tal como pasará a exponerse.

En tal medida, de la consecuencia de haberse valorado de forma conjunta todas las pruebas debatidas en el juicio oral y confrontadas las mismas con las hipótesis factuales propuestas por las partes, atendiendo a criterios objetivos que regulan la apreciación racional de la prueba, se tiene que en el asunto que se examina, si bien, se indicó por parte del ente acusador que el procesado accedió carnalmente a la menor M.P.F. vía oral, dicha afirmación no encontró soporte probatorio alguno en la foliatura.

Inicialmente y como único medio para demostrar dicho cometido, se presentó la declaración rendida con anterioridad al juicio oral por la menor M.P.F. a la psicóloga Dollys Stella Arcila Vásquez, la cual como se dijo, dicha manifestación previa constituye prueba de referencia admisible, que frente al objeto del acceso carnal, no fue corroborado con las pruebas periciales practicadas, por cuanto éstas no se refirieron a la realización de una penetración, sino a la ejecución de unos tocamientos libidinosos que ejecutó el procesado con su asta viril en el ano de la menor, y a la ocurrencia de un episodio donde la menor le dio “un beso” al pene del procesado.

En este orden, de la declaración que le brindó la menor M.P.F. a la funcionaria del CTI, solo se indicó frente al punible de acceso carnal, que el acusado le decía a la niña que tomara su pene y le hiciera como



un “*bom bom bum*”, para lo cual la niña se arrodillaba y le hacía como un “*bom bom bum*”.

Frente a este contexto, se debe afirmar que la Fiscalía ejecutó un escueto interrogatorio que dejó un sin número de vacíos, de cara a la penetración vía oral, pues entre otras cosas, nunca se supo: (i) si efectivamente Mac Donoban Peñaranda introdujo el pene en la boca de la menor; y (ii) no se determinó cual era el verdadero sentido y alcance de la expresión “*hacerle como un bom bom bum*”.

Estos cuestionamientos, si bien en *gratia de discusión*, podrían indicar, aplicándose a un contexto más allá de lo advertido por la declarante en el juicio oral, que efectivamente se actualizó la conducta de Acceso Carnal vía oral, ello no sería suficiente para emitir sentencia condenatoria, por cuanto tal afirmación, como se ha indicado, no encontró respaldo probatorio con otros medios de prueba. Amén de que auscultada la declaración de la médica legista Oriana Del Pilar Lujan Ruz, aquella afirmó desde el punto de vista científico que, sí el pene hubiese sido introducido en la boca de la menor, ésta se hubiese infectado igualmente de Condilomatosis, pero si solamente lo besó “*probablemente no*”.

En similar sentido, de la anamnesis expuesta en la valoración psicológica realizada por Carlos Alberto Cabarcas, se indicó que el procesado Mac Donoban Peñaranda solo “*le pasaba el pene por el ano a la menor... y le pedía que le besara su pene, lo cual hizo la menor*”.

Bajo el punto en cuestión, se tiene que para la consumación del delito de acceso carnal, debe existir una penetración del miembro viril por vía anal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier



otra parte del cuerpo humano u otro objeto¹⁹, en consecuencia, la penetración concebida en el artículo 212 punitivo, debe ser entendida como la acción y efecto de penetrar, cuyo significado no es distinto, según el diccionario, dicho de un cuerpo a introducirse a otro.

En cambio, la acción de besar, según el Diccionario de la Real Academia Española, es tocar u oprimir con movimientos de labios a alguien o algo como expresión de amor, deseo o reverencia, o como saludo²⁰.

En ese orden, resultó aventurado afirmar por parte del funcionario judicial de primera instancia que se configuró el delito de acceso carnal, bajo un supuesto no probado en el juicio oral, pues queda indefectiblemente claro que un beso en el asta viral no constituye un acceso carnal por vía oral, por lo que la interpretación dada a “*hacerle como un bom bom bum*” configuró una violación indirecta a la ley sustancial por falso juicio de identidad.

Nótese por lo dicho entonces, que dentro de las pruebas practicadas dentro del juicio oral, no se denota la configuración del reato de acceso carnal, siendo nulo los esfuerzos de la Fiscalía para demostrar la configuración de la acción de penetrar requerida en el tipo penal.

Corolario de lo anterior, obra en el *sub examine* suficiente prueba demostrativa de los actos con carácter libidinosos a los que fue sometida la víctima por parte de su primo MAC DONOBAN PEÑARANDA ARCIA, la cual conduce a predicar la conducta prevista en el artículo 209 del Código Penal.

¹⁹ Art. 212 del Código Penal.

²⁰ <https://dle.rae.es/besar> - consultado el día 21 de febrero de 2020 a las 01:48 PM.



Huelga insistir que la menor M.P.F. en la entrevista forense realizada por la funcionaria del CTI y reiterada en las *anamnesis* que conforman las pruebas periciales, dio cuenta de que su primo Mac Donoban Peñaranda Arcia, bajo el pretexto de buscar unas chanclas, la hacía dirigirse a su casa, para luego de ello, irse detrás y hacerla ingresar hacia su habitación, lugar donde la colocaba para que le agarraba el pene y le bajaba los pantalones para posterior a ello, rozarle el pene por el ano.

De acuerdo a la prueba referencia admisible, la menor indicó que estos acontecimientos fueron repicados por cuatro ocasiones en la casa de habitación ubicada el barrio La Candelaria de esta ciudad, lugar donde reside el procesado Mac Donoban Peñaranda Arcia.

Entonces, como se ha indicado en líneas anteriores, estos planteamientos expuestos por la menor y que fueron llevados a juicio a través de la versión rendida por la investigadora del CTI, merecen plena credibilidad, por la narración circunstanciada y detallada que ella ofrece, en tanto refleja datos objetivos que permiten considerar que su declaración es fruto de una experiencia realmente vívida y no producto de una imaginación.

Ésta percepción judicial, no emerge de forma desierta, al contrario, se ve robustecida, al haberse demostrado a través de los peritos psicólogos que la menor M.P.F. exhibía unos síntomas de temor, miedo, ansiedad, aislamiento y rechazó de su propio cuerpo, aspectos estos que incuestionablemente describen la afectación emocional que padece la menor, como consecuencia de los abusos sexuales perpetrados por el acusado.



Al respecto, tal como se ha indicado, éstas opiniones periciales de los psicólogos (Carlos Alberto Cabarcas De Los Ríos y Liliana Marcela Pinedo Cruz), distinto a lo considerado por el apelante, constituyen fuente de conocimiento directa, debido a que, representa, en tanto hecho indicador, la impresión diagnóstica de ellos como expertos frente a los síntomas clínicos exhibidos por la menor en la valoración psicológica correspondiente, los cuales están dotados de la cientificidad requerida, en la medida que, se trata de un conocimiento controlado por la experiencia y respaldado científicamente.

Sumado a lo anterior, se debe indicar que con la experticia rendida por la perito del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Oriana Lujan Ruz, y el pediatra Rodrigo De Jesús Vivero Camacho, se logró determinar que la menor padecía de una enfermedad de transmisión sexual denominada Condilomatosis, la cual fue adquirida vía anal, circunstancia ésta que no fue controvertida dentro del juicio oral.

En tal sentido, los peritos explicaron de manera vehemente, coherente y detallada que la enfermedad que presentaba la menor M.P.F., únicamente puede ser adquirida a través de una relación sexual, y que la ciencia no ha demostrado que su contagio pueda producirse de otro modo. En esa medida, queda desprovisto de cualquier fundamento la afirmación del recurrente, al indicar que dicha enfermedad pudo haber sido adquirida por el uso de un sanitario sucio, pues ésta tesis no encuentra respaldo probatorio, convirtiéndose ella en una falacia por petición de principio, carente de sustento y demostración.



Consecuente con lo anterior, para la Sala es claro que la conducta de Acto Sexual con menor de Catorce Años Agravada en concurso homogéneo, ésta plenamente demostrada, por lo que se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia frente a este reato.

Ahora bien, como se constató la estructuración del apotegma del *in dubio pro reo* frente al delito de Acceso Carnal Abusivo con Menor de Catorce Años, la Sala procederá a modificar la sentencia de primera instancia y a realizar el proceso de dosificación de la pena, advirtiéndose desde ya, que será respetado el parámetro fijado en la sentencia de primer grado, donde el fallador se ubicó en el cuarto mínimo frente al delito de Acto Sexual con menor de catorce años Agravado (144 meses), pena que fue aumentada en 24 meses por cada uno de los concursantes actos sexuales.

Así, al aplicar el anterior criterio dosimétrico, se tiene entonces, que para el concurso homogéneo de Acto sexual con menor de Catorce años agravado, la Sala partiendo de la pena impuesta para el delito base, esto es de **144 meses de prisión**, sanción que será aumentada en 24 meses por el número de delitos concursantes (3 actos sexuales), procederá a imponer la pena de **doscientos dieciséis (216) meses de prisión²¹**.

Consecuente con la anterior redosificación, se tiene que la pena accesoria establecida en la sentencia de primer grado fue de 20 años, la cual deberá ser modificada y fijada por un término igual²² a la de la pena principal que acá se impone.

²¹ 144 meses + 76 (24 meses x 3 actos sexuales) = 216 meses de prisión

²² Ver art. 51 y 52 del Código Penal.



7.4. 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,

8. RESUELVE.

PRIMERO. MODIFICAR PARCIALMENTE la decisión apelada, contenida en la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, y en su lugar **ABSOLVER** a MAC DONOBAN PEÑARANDA ARCIA, del punible de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO** en concurso heterogéneo.

SEGUNDO. Fijar la pena de prisión por el delito de **ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO** en concurso homogéneo en **doscientos dieciséis (216) meses**, o lo que es lo mismo, **dieciocho (18) años**, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

TERCERO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia emitida el 13 de diciembre de 2018 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, por lo considerado en la parte motiva de este proveído.

CUARTO. REMITIR a través del trámite de rigor, la presente actuación a su Juzgado de origen, una vez quede ejecutoriada ésta decisión.



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

SEXTO. Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, conforme a lo establecido en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

CÓPIESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO PONENTE.


FRANCISCO ANTONIO
PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO


PATRICIA HELENA
CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA

LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
Secretario