



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de SERGIO ARMANDO ALMEIDA DELGADO** por el punible de **HURTO CALIFICADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **29 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **11 DE JULIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-108A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 11 DE JULIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de ROSENDO MANCILLA LIÉVANO** por el punible de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO Y OTRO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **26 DE MAYO DE 2023**.

Para notificar a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **11 DE JULIO DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 19-579A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 11 DE JULIO DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

secpenalbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co
Oficina 405 Cl. 35 # 11-12, Bucaramanga, Santander



<i>Magistrado ponente</i>	<i>Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)</i>
<i>Radicación</i>	<i>68001-60-00-159-2016-00427-01 [CI 545]</i>
<i>Asunto</i>	<i>Apelación sentencia condenatoria - Ley 906 de 2004</i>
<i>Procedencia</i>	<i>Juzgado 6º Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de conocimiento</i>
<i>Procesado</i>	<i>Sergio Armando Almeida Delgado</i>
<i>Delito</i>	<i>Hurto calificado</i>
<i>Decisión</i>	<i>Confirmar</i>
<i>Fecha de registro</i>	<i>24 de mayo de 2023</i>
<i>Fecha de aprobación</i>	<i>29 de mayo de 2023</i>
<i>Acta de aprobación No.</i>	<i>512</i>

Bucaramanga (Santander), veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto por el defensor de SERGIO ARMANDO ALMEIDA DELGADO contra la sentencia proferida el 14 de enero de 2020, mediante la cual, la Jueza 6ª Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de conocimiento condenó a su procurado como autor del delito de hurto calificado.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

El 13 de enero de 2016, aproximadamente a las 17:45 horas, en la carrera 35 con calle 42, barrio “El Prado” de esta ciudad, SERGIO ARMANDO ALMEIDA DELGADO abordó por la espalda a DIVA PATRICIA OVALLE NIÑO e intentó apoderarse del bolso que llevaba consigo. Ante la resistencia de la mujer, aquel se valió de la fuerza para hacerse al referido bien, provocando con ello que la víctima cayera al suelo.

b) Actuación procesal.

El 14 de enero de 2016, en audiencia preliminar celebrada ante el Juzgado 14 Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de control de garantías, luego



de haberse declarado ajustada al ordenamiento jurídico la captura en flagrancia del SERGIO ARMANDO ALMEIDA DELGADO, la fiscalía le formuló imputación, atribuyéndole la autoría del delito de hurto calificado por haber ejercido violencia sobre la víctima, según lo previsto en los artículos 239 y 240, inciso 2º del Código Penal, sin que aceptara los cargos y en atención a que la fiscalía no solicitó medida de aseguramiento, se ordenó su libertad inmediata.

La fiscalía radicó escrito de acusación el 10 de marzo posterior, documento que correspondió por reparto del día siguiente al Juzgado 6º Penal Municipal de Bucaramanga con funciones de conocimiento, autoridad judicial que adelantó audiencia de formulación de acusación el 5 de abril de 2017. En el acto, se acusó al procesado en los mismos términos de la formulación de imputación.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 17 de agosto de 2018. El juicio oral se adelantó los días 14 de noviembre, 2 y 16 de diciembre de 2019. En la última fecha, se anunció que el fallo sería condenatorio y se surtió el trámite previsto en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal. El 14 de enero de 2020 se adelantó la lectura de la respectiva sentencia. Contra esa providencia, el defensor interpuso el recurso de apelación que concita la atención de la Sala.

c) Sentencia de primera instancia.

En sustento de la decisión condenatoria, la jueza de primera instancia adujo:

Con los testimonios de cargo, los cuales resultan claros, coherentes, espontáneos, sin contradicciones o motivos de parcialidad, se logró probar, más allá de toda duda razonable, no solo la ocurrencia del hecho, sino la materialidad de la conducta, quedando establecido que SERGIO ARMANDO ALMEIDA DELGADO efectivamente despojo a DIVA PATRICIA OVALLE, mediante violencia, de un bolso de su propiedad, siendo capturado por las autoridades de policía, tal como lo acredita el acta de comunicación sobre los derechos de capturado, en la que



costa que el 13 de enero de 2016, siendo las 17:58 en la carrera 35, sobre la vía pública y frente a la nomenclatura N° 48-148 se cumplió con el procedimiento de captura.

Por lo anterior, no son admisibles las alegaciones del titular de la defensa técnica, quien exige variar la calificación jurídica del presente caso de hurto calificado a hurto agravado, conforme al numeral 10° del artículo 241 del Código Penal, pues de acuerdo con la víctima, el acusado le propinó un empujón que la hizo caer al piso, momento que aprovecho para despojarla de sus pertenencias. Por esa razón, se tiene plena certeza de que el señor SERGIO ARMANDO ALMEIDA DELGADO incurrió en el delito de hurto calificado, según lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 240 del C.P., es decir, por haberlo cometido con violencia sobre las personas.

Al momento de dosificar la sanción, partió de las penas previstas en los artículos 239 y 240, inciso 2° del estatuto de penas, es decir, 96 a 192 meses de prisión. A partir de ello, luego de establecer los cuartos de movilidad, se ubicó en el primero al no haberse imputado circunstancias de mayor punibilidad. Una vez allí, no encontró razones para distanciarse del monto mínimo, por lo que tasó la pena definitiva en 96 meses de prisión.

Así mismo, le impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria en atención a la exclusión contemplada en el artículo 68A del C.P.

d) Razones de la impugnación.

El defensor demandó la modificación de la providencia apelada con fundamento en las siguientes razones:



- En el caso en concreto no se configura el delito de hurto *calificado* por cometerse con violencia sobre las personas, sino uno *agravado* por llevarse a cabo con destreza o *arrebatando* cosas u objetos que las personas lleven consigo.
- El legislador quiso diferenciar a cada uno estos dos tipos: el hurto calificado protege los bienes jurídicos de la propiedad vida o integridad personal, como cuando se utiliza algún tipo de arma como medio para intimidar, mientras que el hurto agravado solo protege el bien jurídico del patrimonio.
- Si bien todo hurto mediante *arrebataamiento* implica violencia física, no por ello se puede predicar que la intención del victimario hubiese sido la de atentar contra la integridad del sujeto pasivo. Al tratar de quitarle el bolso a la víctima, SERGIO ARMANDO hizo uso de la fuerza y esta determinó que aquella cayera al piso, pero en ningún momento quiso vulnerar el bien jurídico de la vida e integridad personal de DIVA PATRICIA.
- En este caso se debe tener cuenta lo relatado por la víctima, quien afirma que su agresor no utilizó ninguna clase de arma para doblegar su voluntad.
- Cuando la intención del agente sea desplegar la fuerza de manera directa solo sobre la cosa y apenas de manera indirecta sobre la persona, estaremos ante la presencia del hurto *agravado*. En el *arrebataamiento* el ladrón no quebranta las seguridades con que la persona suele rodear los haberes que lleva consigo.

Por las anteriores razones pide que se modifique la sentencia y se condene a SERGIO ARMANDO como autor del delito de hurto agravado en lugar de calificado y se adelante la respectiva redosificación de pena.

e) Intervención de los no recurrentes.

Guardaron silencio.



CONSIDERACIONES

a) Competencia.

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el titular de la defensa técnica contra la sentencia de primera instancia, por haber sido esta proferida por una jueza penal del municipal perteneciente a este distrito judicial.

b) Problema jurídico a resolver.

De conformidad con lo reseñado, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿La conducta cometida por SERGIO ARMANDO ALMEIDA DELGADO se adecúa al tipo penal de hurto agravado por arrebato y no al de hurto calificado por haber ejercido violencia sobre la víctima?

c) Caso concreto.

Sobre el delito de hurto calificado por ejercerse violencia sobre las personas.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 240, inciso 2º, de la Ley 599 de 2000, la pena será de 8 a 16 años de prisión cuando el hurto se cometa con violencia sobre las personas. Frente a este último concepto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP4923-2017 precisó:

“... por violencia física o material debe entenderse cualquier atentado o agresión real e inminente contra el ofendido o una tercera persona, en su libertad corporal o en su libertad de disposición, desplegada por el sujeto activo de la conducta **con la finalidad de doblegar o superar la resistencia que pudiera oponer la víctima a la acción vandálica**, concepto en el que queda comprendido el uso de armas. También constituye violencia moral, aquel constreñimiento o coacción seria dirigida a la psiquis y determinada por la amenaza de un mal, que es empleada por el agente

5



de la conducta a través de medios compulsivos puramente morales o espirituales, **igualmente dirigidos a vencer la oposición de la víctima a la acción depredadora del ladrón.**¹. (Negrillas fuera del original).

La situación concreta del procesado.

Como se reseñó, en el caso concreto, el recurrente sostiene que el comportamiento de su prohijado se adecua mejor al tipo penal de hurto agravado por cometerse mediante arrebato, en lugar de un hurto calificado por haberse ejercido violencia sobre la víctima. Sin embargo, a la luz de los presupuestos normativos y jurisprudenciales arriba señalados, resulta claro que la acción desplegada por SERGIO ARMANDO sí deviene típica del reato calificado, como se pasa a explicar:

Pues bien, sobre los hechos, DIVA PATRICIA contó que SERGIO ARMANDO la abordó por la espalda y le haló el bolso, por lo que ella se volteó oponiéndose al asalto, pero el sujeto la empujó y luego de un tirón consiguió tumbarla al suelo llevándose consigo la cartera. *“Él me empujó y me jaló el brazo hacia el bolso hacia abajo y yo caí”*, explicó.

Más específicamente, relató que el hombre *“hizo así como dos jalones y yo, pues yo pensé que era un conocido, yo volteé a mirar cuando veo este tipo, yo le digo no, o sea que no, que por qué y entonces empuja y me jala el bolso y sale corriendo”*, señalando que la empujó *“Pues porque de alguna manera me resistí al principio de que me lo jalara”*.

Así, es indiscutible que SERGIO ARMANDO se valió de la fuerza para doblegar la voluntad de DIVA PATRICIA, quien se opuso al asalto negándose a desprenderse de su propiedad. De esa manera, no se trata como lo sugiere el recurrente de un fugaz arrebato, conocido vulgarmente como “raponazo”, caracterizado por la agilidad y brevedad del acto que ciertamente

1 CSJ SP, 3 may. 2007, rad. 20.809.



implica el empleo de fuerza, como lo requiere cualquier movimiento humano, pero no para vencer un obstáculo, sino para asir el objeto de forma rápida. En cambio, lo que hizo SERGIO ARMANDO fue utilizar la fuerza para vencer la resistencia opuesta por la víctima, lo que le requirió varios tirones y un empujón, logrando finalmente tumbar a la mujer al suelo y hacerse a la cartera ajena.

No es verdad entonces que el procesado solo haya aplicado fuerza al objeto que pretendía hurtar y por demás, resulta irrelevante si quiso o no vulnerar la integridad física de la ofendida, pues, en realidad, el mayor reproche contenido en la circunstancia de calificación no se finca en los motivos con los que pudo actuar el sujeto activo, sino en el medio del que se valió y el riesgo que este implicó para la integridad de la víctima, es decir, no se trata de un mayor desvalor de acción subjetiva, sino de acción objetiva y de resultado. En otras palabras, lo que para el legislador merece mayor punición no es que el agente haya obrado con el propósito de agredir al dueño del objeto hurtado, sino que se haya valido de la violencia, poniendo en peligro su integridad. No se trata de un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, sino de un elemento objetivo de modo.

Por eso mismo, además, para considerar que la conducta se adecua al aspecto subjetivo del tipo de hurto calificado por violencia sobre las personas, basta con que el sujeto activo haya llevado a cabo el acto sabiendo que estaba recurriendo a la violencia física o moral y haya querido así hacerlo, sin que sea exigible, de *lege data*, que se haya comportado con alguna motivación especial.

En consecuencia, al no encontrar razón en los reclamos del recurrente, la Sala confirmará la providencia impugnada en todo lo que fue objeto de concreta apelación.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Santander
Tribunal Superior
Sala Penal

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo que fue objeto de concreta impugnación.

SEGUNDO.- Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de casación en los términos de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

<i>Magistrado ponente</i>	<i>Harold Manuel Garzón Peña (Despacho 6)</i>
<i>Radicación</i>	<i>68001-60-00-258-2015-01864-01 (CI 486)</i>
<i>Asunto</i>	<i>Apelación sentencia condenatoria - Ley 906 de 2004</i>
<i>Procedencia</i>	<i>Juzgado 1º Penal del Circuito de Bucaramanga</i>
<i>Procesado</i>	<i>Rosendo Mancilla Liévano</i>
<i>Delito</i>	<i>Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y otro</i>
<i>Decisión</i>	<i>Modificar y confirmar</i>
<i>Fecha de registro</i>	<i>23 de mayo de 2023</i>
<i>Fecha de aprobación</i>	<i>26 de mayo de 2023</i>
<i>Acta de aprobación No.</i>	<i>504</i>

Bucaramanga (Santander), veintiséis (26) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto y sustentado por el procesado ROSENDO MANCILLA LIÉVANO, así como por su defensor, contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2019 por la entonces titular del Juzgado 1º Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual, condenó a aquel como autor de los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales, ambos con menor de 14 años, agravados y en concurso homogéneo.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

Figuran descritos en la sentencia apelada, así:

“... ROSENDO MANCILLA LIÉVANO, hermano por línea materna de la menor M.F.F.M., para el año 2011 cuando la niña contaba con 9 años ... en una ocasión realizó tocamientos de tipo erótico sexual con su mano sobre la vagina de la menor, y luego cuando ésta tenía aproximadamente 12 años reinició los abusos sexuales pero ya frotando su pene sobre la vagina de la niña y procediendo a eyacular. Posteriormente para finales del año 2014 y durante unos meses del 2015, aproximadamente hasta octubre, la accedió carnalmente en numerosas oportunidades.”

Cabe agregar que tales episodios sexuales acaecieron en la casa donde ambos residían, ubicada en una parcela del municipio de Tona, vereda “Babilonia”.



b) Actuación procesal.

5 de mayo de 2016: En sendas audiencias preliminares, el entonces Juez Promiscuo Municipal de Tona declaró ajustado al ordenamiento jurídico la captura de ROSENDO MANCILLA LIÉVANO, previa orden judicial, la representante de la fiscalía le formuló imputación y aquel funcionario le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

29 de junio de 2016: La fiscal del caso radicó escrito de acusación, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 12 Penal del Circuito de Bucaramanga por reparto efectuado un día después.

2 de agosto de 2016: Se celebró audiencia de acusación, atribuyendo la representante del órgano de persecución penal cargos al procesado como autor de los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales, ambos con menor de 14 años, agravados y en concurso homogéneo, conforme la descripción típica de los artículos 31, 208, 209 y 211, numeral 5º del Código Penal, precisando que le endilgaba una circunstancia mayor reproche por haber realizado los comportamientos sobre su hermana, pariente en segundo grado de consanguinidad.

29 de noviembre de 2016: Tuvo lugar la audiencia preparatoria, decretándose las pruebas solicitadas por las partes.

12 de diciembre de 2016, 2 de febrero, 9 de marzo y 19 de abril de 2017: Se avanzó en el trámite de la audiencia de juicio oral hasta la práctica de varias pruebas decretadas por la fiscalía.

24 de julio de 2017: El nuevo titular del juzgado se declaró impedido para dirigir la actuación restante por tener una amistad íntima con el titular de la



defensa técnica, lo cual fue aceptado por su entonces homóloga 1ª, quien asumió conocimiento de las diligencias tres días después.

13 de febrero, 3 de agosto, 11 de septiembre, 4 y 17 de octubre de 2018: Se culminó la audiencia de juicio oral, anunciando la jueza cognoscente que el fallo sería condenatorio, de manera que se surtió el trámite a que alude el artículo 447 del estatuto penal adjetivo.

28 de agosto de 2019: Se profirió la sentencia objeto de apelación.

c) Sentencia de primera instancia.

La jueza de primera instancia, citando la sentencia SP154-2017 y otros pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que en este caso no se presentaron los defectos de defensa técnica alegados por el último profesional del derecho a cargo, toda vez que:

- La presentación de la teoría del caso por parte de la defensa al comienzo del juicio oral era algo opcional.
- El hecho de realizar un extenso contrainterrogatorio *“no indica una excelente labor”*, advirtiéndose que el abogado antecesor llevó a cabo un *“trabajo juicioso en este aspecto”*.
- No se concretaron cuáles son las pruebas cuyo decreto se obvió solicitar. Y,
- Tampoco se especificó cómo debió intervenir el otrora defensor para lograr la aclaración, complementación o adición de los *“dictámenes”*.

En el punto agregó:



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

“Ahora bien, frente a las pruebas que el actual Defensor afirmó que eran fundamentales y que el anterior Togado de la Defensa no solicitó se tiene que, de acuerdo con lo obrante la menor M.F.F.M. vivía junto con su madre, un hermano menor de nombre JULIAN y ROSENDO, tal como ésta lo señalara en su declaración y el testigo de la Defensa ARISTOBULO SEPULVEDA TARAZONA, por lo que no es cierta la afirmación realizada ... en el sentido de que en el mismo inmueble en que residía la niña vivían sus hermanas y sobrinos, los cuales estima debían llamarse a declarar.

Y además, en criterio de esta Titular en nada cambiaría el hecho de que se hubiese solicitado la declaración de la progenitora y hermano de la menor M.F., puesto que ésta manifestó en su declaración que cuando ROSENDO ingresaba a su habitación estaban dormidos, razón por la cual no se percataban de los que estaba sucediendo y nada aportarían para establecer la responsabilidad en el caso bajo estudio; siendo lógico que el procesado aprovechara esos momentos para abusar y acceder carnalmente a su propia hermana; comportamiento propio de los abusadores sexuales cuando integran el grupo familiar de la víctima, por lo que no es usual que existan testigos presenciales salvo el afectado.

Por otra parte debe indicarse, que el realizar valoración psicológica al acusado para determinar su perfil no constituye una prueba obligatoria en casos de abusadores sexuales, tal como lo trata de hacer ver el actual defensor, es su criterio y su opinión, que en modo alguno es regla imprescindible que deben acatar los demás defensores.

Respecto al análisis del celular de la menor que el DR. EFRAIN FORERO MOLINA estima era fundamental realizarlo dado que allí habían mensajes de que ésta quería vengarse de su hermano por no dejarla vivir como quería, son meras especulaciones porque no hay ningún elemento material probatorio que permita colegirlo, y contrario sensu, obra la versión de su profesora DANEIDES GUERRERO VEGA quien la describe como una niña callada y juiciosa.

En cuanto a la que la menor quiso retractarse se tiene que ... la retractación no borra perse lo afirmado con anterioridad, sino que en estos casos debe realizarse un análisis de comparación, más no de eliminación, para establecer en cuales de las versiones dijo la verdad y los motivos que llevaron a variar el dicho. Y en este caso se advierte que M.F. lo que buscaba era que su hermano saliera de la cárcel para que atendiera a su progenitora que se encontraba sola, evidenciándose unos sentimientos encontrados en la niña, por una parte el dolor y aflicción que le produjo que el propio hermano realizara lo vejámenes sexuales que narro y por otra, la presión de la familia porque ROSENDO era el proveedor económico de su núcleo familiar.

En conclusión, lo señalado por el actual defensor como falencias graves en la labor de su antecesor, tan solo es una estrategia para nulitar la actuación y obtener la libertad de su cliente por vencimiento de términos, dado que sus argumentaciones no pasan de ser meras suposiciones de lo que podía haber pasado, pero que jurídicamente no permiten predicar la falta de defensa técnica.



Y es que, el máximo Tribunal en lo Penal ha señalado, que no constituye falta de defensa técnica las apreciaciones que realiza otro abogado como hubiese actuado, tal como ocurre en este caso ..."

En cuanto a la responsabilidad penal, hizo un recuento de lo declarado por DANAYDIS GUERRERO VEGA (profesora de la menor de edad), GLADYS GUERRERO GONZÁLEZ (psicóloga de la Comisaría de Familia del municipio de Tona) y YENNY ALEXANDRA CHÍA LOPEZ (trabajadora social de esa misma dependencia) a efectos de resaltar que M...F...F...M... ciertamente acudió a su docente para contarle que había sido abusada sexualmente por su hermano y de esta forma se puso en conocimiento lo que estaba pasando ante la comisaría y la fiscalía, sin que se advierta en ellas algún motivo de sospecha.

Seguidamente, describió la prueba pericial sustentada por JAIME EDUARDO BARRERA CÁCERES (médico legista que auscultó a la víctima), el testimonio de MARÍA MARGARITA GÓMEZ CIFUENTES (psicóloga investigadora que entrevistó a la niña) y DEMMYS LILIBET OLIVEROS CALDERON (psicóloga forense que valoró a la menor de edad), así como la declaración de la menor de edad, resaltando cómo ella indicó que, cuando tenía 9 años de edad, su hermano comenzó sus actos lúbricos, tocándole la vagina, los cuales reanudó en el año 2014, pasando a penetrarla.

Sobre el particular, destacó que, si bien no refirió lo sucedido cuando tenía 9 años ante la doctora OLIVEROS CALDERÓN, lo cierto es que ella estaba cansada de contarle lo mismo a otros "*profesionales y funcionarios*", esto sumado a que estaba preocupada por la situación de la mamá, quien dependía de su hermano, de modo que albergaba sentimientos de culpa.

Siguiendo la misma línea argumentativa, indicó:

"... la versión de la niña es rica en detalles, especialmente en las primeras intervenciones que se le realizaran, porque se reitera, al final cuando se le realizó la valoración psicológica y se le escuchó en el juicio oral por la revictimización a que



sometida se advierte en la menor cansancio y deseos de olvidar lo sucedido y muestra de ello es que en el Informe Pericial se consigna que al solicitarle que cuente lo sucedido la niña dice *“no me gusta hablar de eso”*

Por lo que se descarta que el dicho de la niña sea mentira y sólo una manera de vengarse de su hermano, ya que cuando se miente generalmente no se conserva similitud y homogeneidad en el relato, sino que contrario sensu la versión va variando en aspectos fundamentales y es completamente plana; cuestión que no ocurre en este evento, donde la versión de MF. fue similar y rica en detalles.”

Lo anterior sumado a que la doctora DEMNYS LILIBET conceptuó que *“su relato presentaba coherencia interna y externa con adecuado respaldo afectivo compatible con una experiencia vivencial traumática como la referida”*, mientras que el doctor JAIME EDUARDO encontró que tenía un himen festoneado con desgarramiento antiguo, siendo ello compatible con su versión sobre los hechos.

Desde otra arista, planteó que los testimonios practicados a solicitud de la defensa, es decir, los del señor ARISTÓBULO SEPULVEDA TARAZONA (vecino del procesado) y LEIDY FLOREZ MANCILLA (hermana) en nada desvirtuaban la teoría acusatoria porque el primero refirió que sólo había escuchado rumores sobre lo ocurrido y dio cuenta de su buen comportamiento, en tanto que la segunda indicó que no sabía nada sobre lo sucedido.

En ese orden de ideas, tasó la pena para el concurso de delitos, individualizándola respecto de cada episodio constitutivo del delito acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en 16 años y 6 meses, dada la *“gravedad del comportamiento y la agravante”*, guarismo que aumentó en 3 años y 6 meses por los delitos de la misma especie concursantes, quedando así en 20 años.

Ahora bien, para cada episodio constitutivo del delito de actos sexuales con menor de 14 años, impuso 12 años y 6 meses de prisión, cifra que incrementó en 2 años por las conductas punibles de la misma especie concursantes, quedando en 14 años y 6 meses.



De esta forma, tomó como base la primera sanción, aumentándola en 5 años por el segundo concurso homogéneo, para una pena final de **25 años de prisión**.

Por último, negó la concesión de sustitutos penales conforme a la prohibición de que trata el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia y por incumplirse los requisitos objetivos relacionados con la pena, establecidos en las normas aplicables.

d) Razones de la impugnación.

El titular de la defensa técnica insiste en señalar que al acusado se le vulneró su derecho fundamental a la defensa técnica, por las siguientes razones:

- Los testigos no fueron contrainterrogados de manera exhaustiva.
- No se solicitaron pruebas para demostrar lo que afirma el procesado ocurrió, es decir, que la menor de edad fue presionada por las autoridades, no obstante que trató de retractarse en dos oportunidades.

Lo anterior de acuerdo con reglas que integran el Bloque de constitucionalidad, entre las cuales están las que hacen parte de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la Constitución Política y del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto, expone el alcance del derecho a la defensa técnica, según jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, haciendo énfasis en aquellos eventos que pueden dar lugar a considerar que la misma ha sido deficiente para luego indicar:



“Así entonces la jurisprudencia ha indicado que se considera entonces deficiente el actuar del abogado cuando se logra probar que dentro del proceso existió abandono del defensor, esto es una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor.

De igual manera teniendo en cuenta que en Colombia los jueces están presentes en el desarrollo de las audiencias, tienen la posibilidad de advertir los errores que se presenten en desarrollo de la misma e identificar las deficiencias que pueden existir en el ejercicio del derecho a la defensa técnica del imputado, para evitar posteriormente la nulidad del mismo.

Por lo tanto, la idoneidad y el conocimiento del abogado de las normas penales permiten que se desplieguen las acciones necesarias y conducentes que puedan demostrar la inocencia del sindicado, teniendo en cuenta que el derecho constitucional a la defensa técnica no se satisface por completo cuando el imputado esta asistido por un abogado, ya que sumado a lo anterior se debe demostrar que se ejerció una defensa real o material, lo que se hace mediante las acciones desplegadas por el abogado.

Lo anterior teniendo en cuenta que el principio de contradicción debe considerar una igualdad entre las partes para que no se vulnere el debido proceso, así entonces, debe demostrarse que la defensa está capacitada en debida forma y cuenta con el conocimiento adecuado para debatir lo expuesto por la parte acusadora.

Por todo lo anterior, pido ... declare la nulidad de todo lo actuado, por las consideraciones antes esbozadas.”

Desde otra arista, el acusado califica la condena de injusta y desproporcionada, lo cual le genera preocupación, pues, si bien es cierto que las conductas punibles deben ser objeto de castigo, también lo es que la imposición de la pena debe estar precedida de una decisión ecuánime, máxime cuando el procesado está en desventaja ante el sistema, tal como ocurrió en su caso, dado que no contó con una adecuada defensa técnica y aunque fue asistido por varios abogados, estos no brindaron el acompañamiento y la asesoría requerida para poder enfrentar en debida forma las acusaciones de la fiscalía.

Sobre el particular, reprocha que su defensor no hubiera presentado teoría del caso, pese a lo importante que resultaba, por cuanto *“se supone que era la estrategia que debía tener la defensa en su momento, usando testimonios, pruebas, peritajes profesionales, trabajo investigativo de campo y demás, para poder presentar*



en los estrados sustentación a sus afirmaciones y controvertir las acusaciones que en su momento presentaría la Fiscalía”.

También refiere que ninguno de los profesionales del derecho le presentó *“una defensa clara y justificada”*, sino que se aprovecharon de su condición social, ya que es una persona campesina y que desconoce el ordenamiento jurídico, como acontece con la mayoría de personas, lo que no achaca al juzgado, sino a la *“falta de ética profesional”* de sus abogados, quienes lo *“mantuvieron ilusionado”* con sacarlo *“del problema”*, pero *“no tuvieron un sistema ordenado y eficaz para recolección de elementos materiales probatorios”*.

En el punto, cita un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia para luego solicitar se decrete la nulidad de todo lo actuado, toda vez que se vulneró el debido proceso, pues, aparte de lo anterior, se desconoció el principio de presunción de inocencia, si en cuenta se tiene que no tuvo la oportunidad de controvertir los testimonios de la menor de edad y de la profesora DANEYDIS GUERRERO VEGA, pese a que carecen de lógica, ya que no resultan coincidentes en circunstancias de tiempo, modo y lugar, siendo esto relevante, tratándose de comportamientos desplegados a puerta cerrada.

Así mismo, considera que en su caso, el trámite se adelantó excediéndose ampliamente el tiempo contemplado para tal fin sin que se definiera su situación jurídica, razón por la cual, en varias ocasiones se solicitó libertad por vencimiento del respectivo término, producto de una dilación injustificada, pero ello siempre fue negado.

En su criterio, a octubre de 2018, la jueza ya tenía decidido cuál era el sentido del fallo que iba proferir y de todas formas se demoró en expedirlo, todo esto sin intervención del Ministerio Público, pese a la labor que cumple, de modo que solicita se compulsen copias para que se investigue su inactividad.



Ahora bien, continúa, dada la forma como se afirma ocurrieron los hechos (conductas a puerta cerrada), al igual que la menor de edad, él tenía derecho a ofrecer su testimonio, pero ocurre que la “*justicia colombiana*” suele dar simple crédito a las versiones de los menores de edad víctimas de abuso sexual, pero se pregunta, qué ocurre cuando no dicen la verdad, está presente un claro propósito de venganza o acaecen otro tipo de situaciones “*para conseguir hacer daño*”, pues, estima debió ser escuchado en “*versión libre*”, incluso con prueba de polígrafo para que pudiera verificarse que estaba diciendo la verdad.

En relación con el tema, indica:

“Todos estos interrogantes quedan en el tintero a espera de una respuesta por parte de la fiscalía, procuraduría, jueces, quienes por diferentes razones invalidan y declinan estos testimonios, simplemente porque ... el victimario no tiene credibilidad o que posiblemente no se vaya a incriminar de forma voluntaria con la comisión de los hechos.

Cuestiono duramente a las autoridades por tener esa actitud hacia nosotros los sindicatos de no darnos validez a nuestros testimonios. Y también en este caso concreto, a mi defensa, que en ningún momento solicitó mi declaración juramentada para poder dar más luces al respecto de los hechos por los cuales se me acusó y que ahora ya estoy condenado.”

De todas formas, expone:

- Es falso lo que indicó la víctima de haber sido abusada sexualmente desde los 9 años, pues, nunca incurrió en comportamientos de esa naturaleza, al punto que hubo un tiempo durante el cual no vivieron juntos, siendo imposible que haya podido obrar así, con mayor razón si hubo temporadas en que fue al municipio de Tona para trabajar, sin que viviera en el mismo inmueble.

- Tampoco es verdad que hubiera dado regalos a la víctima para lograr su silencio, pues, si bien le compró un celular en el año 2014, esto fue porque se le había dañado el que tenía con ocasión de un golpe, debiéndose dimensionar



que él ayudaba al sostenimiento del hogar, por lo que resulta lógico que *“supliere necesidades de cada uno de los miembros de mi familia”*.

- La fiscalía desestimó la importancia de las conversaciones que en el año 2015 sostuvo la menor con un novio que tenía en el momento, es decir, un soldado llamado *“ALEXANDER SALAZAR”* y algunos amigos, alojadas en el celular, según las cuales, sostenían relaciones sexuales a escondidas y cuando descubrió lo que estaba pasando, ella decidió denunciarlo y sostener que la abusó sexualmente sin pruebas de respaldo, luego no entiende por qué se usó en su contra el regalo de ese aparato, pero se desechó aquella situación.

- La defensa tampoco convocó a los familiares más cercanos de la víctima para que esclarecieran lo ocurrido, siendo claro que a la fiscalía no le convenía hacerlo, bajo el pretexto que lo habrían favorecido para evitar incriminarlo al ser el proveedor del hogar.

- En tres oportunidades la víctima intentó retractarse *“por ayudar al hogar, ... no incriminar al suscrito o porque simplemente no habían razones para seguir con el proceso”*, pero la fiscalía se aventuró a señalar que ello lo hizo por presión de él u otros familiares.

Ahora bien, en cuanto a la pena tasada para el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, estima que, al carecer de antecedentes penales, la misma debió ser igual al mínimo, es decir 16 años, sin aumento de 6 meses como lo hizo la jueza de primer grado con fundamento en *“los agravantes del artículo 211, ... numeral 5”*.

Igualmente, considera que el incremento por los delitos homogéneos concursantes solo debería ser de 1 año y 6 meses, esto para una pena de 17 años y 6 meses.



Y, en relación con el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, pide que la pena se deje también en el mínimo, es decir, 12 años, guarismo incrementado en 1 año por el concurso homogéneo, para un total de 13 años.

Así las cosas, solicita también tomar como base la primera sanción e incrementarla en 2 años y 6 meses por los delitos concursantes, esto para una pena final de 20 años.

Con todo, señala:

“2. Al no presentarse evidencia de los actos sexuales, pues sólo existe la versión de la menor y al mismo tiempo a sabiendas que la mayor parte del tiempo donde supuestamente ocurrieron los tocamientos, el suscrito no convivió con la víctima, planteo ... se me anule la condena por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado y en concurso homogéneo, lo que dejaría como pena: **17 años y 06 meses.**”

Ahora bien, con este planteamiento no quiere decir que estoy aceptando que sí cometí el otro delito de Acceso Carnal; pues no existe la certeza que halla sido la persona que accedió a la víctima.

Más tomando todas las apreciaciones que rezan en el auto de sentencia, toda a punta a dar como presunto responsable al suscrito de dichos delitos, por lo cual dejo a consideración de los ... Magistrados, establecer si en realidad soy el responsable de estos hechos.”

En ese orden de ideas, pide decretar la nulidad de lo actuado. De lo contrario, depreca se le absuelva de los cargos o se le disminuya la pena impuesta.

e) **Intervención de los no recurrentes.**

Guardaron silencio.



CONSIDERACIONES

a) Competencia.

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto y sustentado por procesado ROSENDO MANCILLA LIÉVANO, así como por su defensor, ya que fue proferida por una jueza penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

b) Problemas jurídicos a resolver.

- *¿Hay lugar, o no, a decretar la nulidad de lo actuado en primera instancia por falta de defensa técnica?*

Como la respuesta será negativa:

- *¿Se encuentra probado, más allá de toda duda razonable, que el procesado ROSENDO MANCILLA LIÉVANO es responsable de haber incurrido en los delitos objeto de acusación?*

Toda vez que la respuesta será afirmativa:

- *¿Resulta procedente disminuir las penas impuestas por la jueza de primer grado?*

c) Caso concreto.

- **Sobre la nulidad solicitada por falta de defensa técnica.**

Los artículos 457 y 458 del estatuto penal adjetivo establecen que es *“causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos*



sustanciales” y que no puede disponerse la invalidación de lo actuado “por causal diferente”.

Sin embargo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reiteró en auto AP5384-2022:

“Es importante reiterar que las diferencias de criterios sobre la forma como debió adelantarse la defensa, no es motivo para afirmar la ausencia de defensa técnica por deficiencias en su ejercicio, porque la normatividad legal no tasa protocolos defensivos. Esta es una actividad que corresponde adelantar discrecionalmente a cada profesional, sin que sea dable descalificar su actuación porque los resultados fueron adversos, a porque su accionar se considera equivocada porque no se actuó como lo hubiera hecho quien critica a partir del cómo análisis de un proceso concluido.”

En ese orden de ideas, es claro que no resulta admisible la práctica a la que acuden ciertos procesados y sus defensores de pedir la invalidación de lo actuado cuando están ante el resultado adverso del proceso, limitándose a criticar la gestión de los abogados que otrora estuvieron a cargo de la defensa técnica, incumpliendo el principio de acreditación, en virtud del cual, se debe demostrar que los profesionales del derecho omitieron desplegar una labor que habría cambiado diametralmente el sentido de la sentencia.

Es por ello que el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria ya había indicado en auto AP5307-2022:

“Pues bien, esta Sala ha señalado en otras oportunidades que un alegato de quebranto del derecho de defensa fundamentado en la convicción del casacionista consistente en que la asistencia letrada pudo ser mejor, no configura un cargo susceptible de estudiarse en casación. Por consiguiente, es insatisfactoria una petición de nulidad basada simplemente en la descalificación de la gestión realizada por apoderados anteriores. Especialmente porque la libertad de iniciativa es característica fundamental de la labor de asistencia profesional del abogado, cuyas gestiones en forma alguna se juzgan positiva o negativamente en función de los resultados obtenidos.

Se ha recalcado de forma pacífica, así mismo, que la estrategia de defensa varía dependiendo del estilo de cada profesional, dado que no existen fórmulas uniformes o estereotipadas. Simplemente, se reitera, cada defensor diseña la táctica



que a su juicio resulta más adecuada y se ajuste mejor a la visión que tiene del proceso, de modo que la disparidad sobre ese punto no tiene la connotación de socavar el derecho de defensa técnica.

Desde luego que lo anterior es distinto al desconocimiento absoluto por parte del apoderado de la dinámica del sistema adversarial que, como lo ha reseñado esta Sala, en determinados casos –no asimilables, por cierto, al que es objeto de estudio— da al traste con las garantías del debido proceso y, en concreto, del derecho de defensa (entre otras, se pueden consultar, solo por citar algunas decisiones: CSJ AP5322, dic. 5 de 2018, rad. 51457; AP2738, jun. 26 de 2019, rad. 48828; AP3975, sep. 17 de 2019, rad. 55830; AP1887, ago. 28 de 2020, rad. 53394; AP2062, ago. 19 de 2020, rad. 53292 y AP3181, nov. 18 de 2020, rad. 57297).”

En las presentes diligencias, el acusado ROSENDO MANCILLA LIÉVANO estuvo asistido por diferentes defensores de confianza y públicos, sin que lo cuestionado en la sustentación del recurso de apelación abra campo al decreto de nulidad solicitado, por las siguientes razones:

- En el escenario de la audiencia preparatoria, téngase presente que el procesado cambió a su defensor de confianza por uno nuevo y que esa diligencia se llevó a cabo después de varios aplazamientos, lo cual permite inferir que medió un tiempo suficiente para la preparación de la defensa, siendo inusitado que a última hora se insinúe que nunca hubo claridad sobre el diseño de la misma y que dejaron de solicitarse pruebas trascendentales, pese a que el juez director del trámite ordenó un receso para que el abogado entrante pudiera conversar con el procesado e incluso sus familiares a efectos de que descubrieran todos los medios probatorios que iban a hacer valer en el juicio oral, a lo cual se suma el hecho que no se precisa cuál es la prueba que habría cambiado el sentido del fallo de primer grado, pues, si acaso se hace referencia a los testimonios de quienes residían en el inmueble donde ocurrieron los hechos, lo cierto es que este proceso gira en torno a afrentas sexuales realizadas de manera subrepticia en horas de la noche, de modo que si los demás habitantes no llegaron a notar nada, ello no desvirtúa la ocurrencia de la situación fáctica endilgada.



Entre tanto, con respecto al celular de la menor de edad víctima, además de ser especulativo el señalamiento que se hace sobre la existencia de mensajes que permitían establecer su ánimo vindicativo, lo cierto es que su recaudo y consecuente extracción de datos implicaba una invasión al derecho fundamental a la intimidad, sin que se elevara solicitud alguna ante juez con funciones de control de garantías para que se autorizara un acto investigativo de esa naturaleza, lo que bien pudo hacer de forma directa el acusado, conforme lo prevé el artículo 8º del código procesal penal, el cual le fue puesto de presente desde la audiencia de imputación.

- Ahora bien, tratándose de la audiencia de juicio oral, debe comprender el procesado que la defensa no está obligada a presentar teoría del caso, pues, así se desprende de lo establecido en el artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, el cual fue declarado por la Corte Constitucional en la sentencia C-069 de 2009, tras explicar lo que sigue:

“Así las cosas, teniendo en cuenta el papel acusador que cumple la Fiscalía, es razonable que el Legislador le haya exigido presentar la teoría del caso desde la declaración inicial del juicio, pues tiene el deber de desvirtuar la presunción de inocencia y demostrar de manera coherente la responsabilidad del sindicado. Sin embargo, como ya se explicó, la situación de la defensa es bien diferente porque no tiene la carga de demostrar la inocencia del sindicado en virtud del principio constitucional que hace presumirla.

En ese panorama, bien puede la Defensa hacer lo propio y exponer la teoría del caso anticipando su estrategia desde la declaración inicial del juicio; pero también es legítimo –y constitucionalmente válido- que se le permita optar por el silencio para que exponga sus hipótesis posteriormente, de acuerdo con el devenir procesal y el descubrimiento probatorio. De esta manera, la posición jurídica en que se encuentran las partes, justifica el tratamiento diferencial previsto en la norma ahora impugnada.”

Entonces, mal puede reprochar aquel que su entonces defensor público se hubiera abstenido de presentar teoría del caso, no obstante que se trata de una opción perfectamente viable dentro del esquema acusatorio del proceso penal.



Pasando ahora a la práctica probatoria, la Sala advierte que el profesional del derecho y quien lo reemplazó en una sesión sí ejercieron el contrainterrogatorio de los testigos cuando lo consideraron necesario, evidenciando además que sí tenían manejo de la sistemática acusatoria, de suerte que no se puede aceptar que se efectúe un reproche genérico por falta de “*exhaustividad*”, sin mostrarse cuáles fueron los temas puntuales que se dejaron de auscultar y cuál era su incidencia en las resultas del proceso.

De hecho, lo que se vislumbra es que el defensor público sí contrainterrogó con énfasis a la doctora DEMMYS LILIBET OLIVEROS CALDERON (psicóloga forense que valoró a la menor de edad), ya que esta prueba pericial fue la única puso de presente un riesgo de retractación por parte de la ya adolescente, significando esto que sí fue ejercida una defensa activa.

Tampoco resulta atendible la afirmación del procesado, según la cual, los diferentes defensores se aprovecharon de su condición de campesino y le generaron falsas expectativas, pues, fue él quien decidió en varias oportunidades cambiar sus abogados de confianza, participando defensores públicos de manera subsidiaria, siendo claro que la labor defensiva es de medio, no de resultado.

Sorprende además que se duela de no haberse escuchado su testimonio, insinuando que, como suele ocurrir, simplemente se está dando credibilidad al relato de la joven por mera liberalidad, tema sobre el cual se volverá más adelante, soslayando que en sesión de juicio oral del 11 de septiembre de 2018, su defensor manifestó expresamente que él no deseaba declarar, lo que ratificó directamente ante pregunta formulada expresamente por la directora de la audiencia, una vez lo ilustró sobre esa posibilidad.

Resta mencionar que:



i) El hecho que no se hubiera accedido a las múltiples solicitudes de libertad que se formularon por vencimiento de términos, para nada afecta la validez de la actuación, máxime cuando ahora está privado de la libertad por cuenta de la sentencia de primer grado, siendo claro que el proceso se puede tramitar hasta el límite de la prescripción de la acción penal, fenómeno temporal que está lejos de consolidarse. Y,

ii) Para anunciar el sentido del fallo, la jueza de instancia naturalmente debía revisar lo ocurrido en las sesiones anteriores para formar su criterio sobre lo acaecido, estudiando por supuesto las alegaciones finales de las partes.

De todo lo anterior se concluye que en este caso no hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado por falta de defensa técnica.

- De la responsabilidad penal del acusado.

El artículo 381 del estatuto penal adjetivo establece que sólo se podrá proferir sentencia condenatoria cuando exista el conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Así las cosas, como cuestión previa y acorde con la orientación jurisprudencial actual, cabe precisar que en este caso sólo se puede valorar el testimonio de la víctima M... F... F... M..., pues, sus relatos anteriores, bien consten en entrevistas o anamnesis, no fueron ingresados como prueba de referencia admisible o testimonio adjunto, ni tampoco se utilizaron para controvertir la credibilidad de su declaración.

Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia acotó en sentencia SP3981-2022:



“De tiempo atrás, la Sala ha precisado que el ordenamiento procesal penal le otorga diversas opciones a la Fiscalía General de la Nación para la incorporación de las declaraciones de niños víctimas de delitos sexuales u otros delitos graves, a saber, (i) como prueba anticipada, (ii) como prueba de referencia, (iii) con la práctica del testimonio en la audiencia de juicio oral, y (iv) como testimonio adjunto, cuando el testigo se retracta o cambia su versión (CSJSP2709, 11 jul 2018, Rad.50637, ratificada, entre otras, en CSJSP1368, 27 abril 2022, Rad. 58446).

Igualmente, se ha pronunciado reiteradamente sobre los requisitos que debe cumplir cada una de estas modalidades. Así, por ejemplo, ha resaltado que para la incorporación de declaraciones anteriores a título de prueba de referencia es necesario que la parte interesada: (i) identifique la declaración rendida antes del juicio oral que pretende incorporar, (ii) especifique la causal de admisión de prueba de referencia, (iii) establezca los medios que utilizará para la demostración de la existencia y el contenido de la declaración anterior, (iv) presente la solicitud de admisión de la prueba de referencia, y (v) proceda a su incorporación en el juicio oral. Esto, sin perjuicio del descubrimiento y los otros aspectos generales del denominado debido proceso probatorio (ídem).

En la misma línea, ha precisado que para la incorporación del testimonio adjunto se requiere: (i) demostrar, durante el interrogatorio, que el testigo se ha retractado o cambiado su versión, (ii) solicitar la incorporación de la declaración anterior, y (iii) incorporar su contenido. Ello, bajo el entendido que en este caso la contraparte cuenta con la posibilidad efectiva de contrainterrogar al testigo acerca de lo expuesto en el juicio oral y en las declaraciones anteriores al mismo, lo que constituye la diferencia sustancial con la prueba de referencia.

En torno a estos temas, ha explicado que estos requisitos se orientan a mantener un punto de equilibrio entre las necesidades de la administración de justicia, la protección de las víctimas y los derechos del procesado. Ello, sin perder de vista que las fallas u omisiones sobre el particular siempre deben ser analizados a luz del principio de trascendencia (CSJSP606, 25 ene 2017, Rad. 44950; CSJSP 1875, 12 mayo 2021, Rad. 55959, entre muchas otras).

(...)

Por razones similares a las expuestas en el numeral anterior, la utilización de declaraciones anteriores para impugnar la credibilidad de los testigos está sometida a unos requisitos puntuales, orientados a brindarles a las partes las oportunidades incluidas en la regulación del interrogatorio cruzado, que permiten, además, depurar el testimonio, en orden a que el juez cuente con los mejores elementos para decidir sobre la responsabilidad penal.

Sobre la utilización de declaraciones para impugnar la credibilidad, la Sala, tras referirse a su importancia para desarrollar el derecho a la confrontación, ha precisado:

En la práctica judicial se observa que las declaraciones anteriores al juicio oral generalmente son utilizadas para demostrar la existencia de contradicciones o de omisiones frente a aspectos trascendentes del relato, con lo



que las partes pretenden afectar la verosimilitud del mismo y/o la credibilidad del testigo.

Para evitar que bajo el ropaje de la impugnación de credibilidad, intencionalmente o por error, las partes utilicen las declaraciones anteriores para fines diferentes, por fuera de la reglamentación dispuesta para tales efectos (verbigracia, para la admisibilidad de prueba de referencia), para el ejercicio de la prerrogativa regulada en los artículos 393 y 403 atrás citados la parte debe: (i) a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma¹, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas (CSJSP12229, 21 ago 2016, Rad. 43916; reiterada en CSJSP606, 25 ene 2017, Rad. 44950, entre muchas otras).

En idéntico sentido se pronunció en la decisión CSJAP2215, cinco junio 2019, Rad. 55337, donde se analizaron los requisitos para la incorporación de la prueba de refutación. De nuevo, se hizo hincapié en la necesidad de darle al testigo la oportunidad de aceptar la existencia de la contradicción, la omisión o el aspecto relevante para cuestionar su credibilidad, entre otras cosas, porque de ello depende que la parte que solicitó el testimonio pueda, en el redirecto, pedir las aclaraciones que considere procedentes.

En la misma línea, ha precisado que cuando se trata de menores de edad, debe agotarse el mismo procedimiento, con los cuidados necesarios para evitar una nueva victimización (CSJSP2709, 11 jul 2018, Rad. 50637).”

Precisado lo anterior, se tiene que la menor de edad rindió testimonio ante el entonces juez director del proceso, siguiéndose los lineamientos del Código de la Infancia y la Adolescencia, manifestando ante las preguntas que formuló la defensora de familia con asistencia de una psicóloga adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:

“¿Cuéntanos por qué tú estás viviendo en ese hogar sustituto que nos acabas de comentar?”

¹ Esto es, que la reconozca como la declaración que rindió antes del juicio, bien porque allí esta su firma, ora por cualquier otra razón que le permita identificarla.



R/Por abuso sexual.

¿Quién te quién te hizo eso?

R/Mi hermano Rosendo Mancilla.

Cuéntanos de pronto más a fondo, ¿qué fue lo que sucedió con tu hermano Rosendo?

R/Este.

Específicamente, ¿qué pasó con tu hermano, o sea, por qué ... me dijiste que hubo un abuso, qué pasó?, ¿quieres que te explique mejor lo pregunta?

(...)

R/Pues que me acuerde, o sea, no estoy segura, pues fue como a los 9 años, fue como la primera vez que intentó como tocarme, pero no pasa nada después de algunos, pues varios, algunos años, este ya empezó como a tocarme de nuevo, después que me desarrollé, él ya intentó como.

¿Más o menos cuándo empezó a suceder eso que nos cuenta?

R/Como en el 2014, él empezó ya a.

Tranquila, como te salga.

R/Él empezó como a tocarme mis partes y pues luego que ya me desarrollé, él me penetraba.

¿Qué parte del cuerpo te tocaba él?

R/Mmm, la vagina.

¿Y eso en dónde ocurría, dónde pasaba eso?

R/En mi cuarto.

Más o menos, ¿a qué hora normalmente pasaban esas cosas?

R/En la noche, como a las 9 o 10.

Y eso, ¿con qué frecuencia pasaba, o sea, cada cuánto?

R/Como una, dos veces a la semana.

¿Y tú más o menos puedes acordarte cuándo fue la última vez que pasó eso?

Fue el año pasado, este, como... fue el año pasado, pero no me acuerdo del mes.

¿Tú recuerdas esa vez que te hizo?

R/Eh, me penetró.

¿Tú puedes contarnos cómo te sentías cuando tu hermano te hacía eso?

R/Me sentía mal porque, pues no me gustaba que me hiciera eso y no sé, me daba como asco.

¿Tu hermano Rosendo te decía algo cuando te hacía eso?

R/Pues que me dejará que, pues él, yo tenía un celular y pues ... si no me deja, pues él me lo quitaba, algo así.

Él te ofrecía algo a cambio cuando te hacía eso.

R/Darme todo.

Algo, o sea, ¿te ofrecía algo, de pronto un intercambio?

No señora.

Cuando Rosendo te hacía eso, ¿en dónde estaban las otras personas con las que tú vivías?

R/Mi mamá estaba durmiendo y mi hermano a veces no estaba o también estaba durmiendo.

¿A qué personas tú le contaste eso que pasó?

R/A mi profesora y a una compañera.

¿Tú, por qué no contaste lo que pasó con tu hermano Rosendo antes de la primera vez que pasó?

R/Por miedo, pues porque él era ..., nosotros dependíamos de él, o sea, no quería que mi mamá pues estuviera sola. Él era como el apoyo económico para ... la casa, entonces pues no. Y pues también porque no sé, mis hermanos lo tenían muy



trabajador y muy buena persona, entonces, pues me daba como pena hablar o decir algo sobre eso.

Y tú ahora, ¿cómo te sientes que no vives con tu hermano Rosendo?

R/Me siento tranquila porque no, o sea, no siento que él está, como no está persiguiéndome, me siento mejor.

(...)

M..., cuando tú dices que tu hermano te penetró ¿a qué te refieres, ... tú qué entiendes por penetración o tú cómo puedes explicarnos eso?

R/Que el pene entra en la vagina.

Cuando Rosendo te penetraba ¿él utilizaba algún tipo de protección?

R/No señora.

Cuando Rosendo te hacía eso, ¿tú le decías algo?

R/Sí, que me dejara que no me hiciera eso porque no me gustaba, pero él no le importaba.

(...)

¿M..., Rosendo de pronto te amenazaba para tener relaciones, para hacer eso que te hacía?

R/Pues él me forzaba, o sea, él entraba a mi cuarto y pues yo estaba durmiendo y él me forzaba a hacer eso.”

Nótese en primer lugar que, a pesar del riesgo expuesto por la psicóloga forense DEMMYS LILIBET OLIVEROS CALDERON en base de opinión pericial elaborada el 27 de febrero de 2017, la menor de edad finalmente no se retractó y contrario a lo planteado por el procesado y su defensor, no estuvo sujeta a ninguna clase de presión, ya que el juez verificó que la prueba se practicara conforme lo establece el ordenamiento jurídico y siempre bajo su dirección, sin que nada sugiera que se hubiera ejercido un apremio indebido sobre ella.

De otro lado, según lo previsto en el artículo 404 del estatuto penal adjetivo, el cual establece los criterios para valorar la prueba testimonial, se advierte que su relato fue espontáneo y fiel a sus recuerdos después de haber sido interrogada tantas veces sobre la forma en que ocurrieron los hechos, no advirtiéndose en ella animadversión, sino únicamente el propósito de contar la verdad, pese a que en algún momento pensó en retractarse, albergando sentimientos de culpa porque el proveedor de su hogar había sido privado de la libertad, quedando en cierto modo desamparada su mamá.



Es que no obra medio de prueba indicativo de que ella simplemente quiso vengarse por lo que menciona el procesado, es decir, que él se enteró de que ella estaba sosteniendo relaciones sexuales con un soldado de nombre "ALEXANDER SALAZAR", siendo incoherente pensar que se trata de una joven con una capacidad de maquinación tal para inventar un relato de esa magnitud y mantener un núcleo narrativo mentiroso ante su profesora DANAYDIS GUERRERO VEGA, luego ante los funcionarios de la Comisaría de Familia de Tona, doctor JOSÉ BENITO GONZÁLEZ GALVIS (comisario), doctora GLADYS GUERRERO GONZÁLEZ (psicóloga), YENNY ALEXANDRA CHÍA LÓPEZ (trabajadora social), después ante la psicóloga-investigadora del Cuerpo Técnico de Investigaciones, doctora MARÍA MARGARITA GÓMEZ CIFUENTES, seguidamente ante la doctora LUZ YAMILE FLÓREZ ORDUZ (psicóloga que valoró a la menor de edad por convenio con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), posteriormente ante la psicóloga del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, doctora DEMMYS LILIBET OLIVEROS CALDERON, conforme lo declararon todos bajo juramento y por último ante el entonces juez de conocimiento.

Por el contrario, en su condición de perito, la doctora OLIVEROS CALDERON, aplicando el protocolo de evaluación básica en psiquiatría y psicología forenses, conceptuó:

“CONCLUSIONES: 1) Evaluada M... F... F... M..., presenta para el momento de la Valoración Psicológica Forense un desarrollo cognitivo y psicomotor dentro de límites de normalidad acorde a su ciclo vital, con una personalidad en proceso de consolidación.

2) Sin embargo es importante resaltar que se encuentra Alteración en el Psiquismo de la evaluada especialmente en las esferas sexo-afectiva y de pensamiento donde se encuentran indicadores de Sexualidad Traumática, poniendo en riesgo su integridad y formación sexual y repercutiendo negativamente en su funcionamiento global y funcional. Esto como nexos causal del evento investigado, por lo tanto amerita abordaje psicoterapéutico que le permita procesar la experiencia traumática referida y la forma más adecuada para afrontarla.



3) Teniendo en cuenta el relato de la joven y las observaciones clínicas durante la Valoración Forense realizada, es importante resaltar que los hechos descritos por M... F... permiten detectar indicadores psicológicos que son característicos “Síndrome de Acomodación de víctimas del A.S.I” descrito por Roland Summit, encontrándose en el caso que nos ocupa 4 de las 5 categorías, donde se evidencia la sintomatología y desestructuración que sufren las víctimas de A.S.I. descritas en la literatura científica.

4) Teniendo en cuenta la evidencia documental y las observaciones clínicas durante la Valoración Forense realizada, es importante reseñar que se observan variables interna y externas que pueden llevar a una “Retractación”, sin que esto signifique que los hechos denunciados no hayan sucedido.

5) El relato ofrecido por M... F..., presenta coherencia interna y externa con adecuado respaldo afectivo, compatible con una experiencia vivencia traumática como la referida por ella, donde la presencia de detallismo le da consistencia al relato. Su discurso es coherente y consistente con lo reportado a lo largo del proceso investigativo.”

Así pues, no es cierto que se crea en el relato de la joven víctima por simple intuición, bajo la idea que los menores de edad no mienten, sino que la valoración conjunta de las pruebas, incluida la prueba pericial sustentada por el médico legista JAIME EDUARDO BARRERA CÁCERES, quien encontró en ella un himen festoneado con desgarramiento antiguo, permite inferir que ella sí declaró la verdad, esto es, que su hermano ROSENDO MANCILLA LIÉVANO, cuando tenía 9 años (años 2010 a 2011, pues, nació el 19 de diciembre de 2001), según figura en el registro civil de nacimiento que se presentó como soporte de una estipulación probatoria acordada), le tocó su vagina con proyección libidinosa, lo que volvió a hacer en varias oportunidades y con regularidad cuando su cuerpo estaba más desarrollado, llegando incluso a penetrarla con su pene vía vaginal, estando probado, más allá de toda duda razonable, que efectivamente es responsable de haber cometido los delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo, ambos con menor de 14 años, agravados y en concurso homogéneo, según la descripción típica de los artículos 31, 208, 209 y 211, numeral 5º, del Código Penal, estructurándose la circunstancia de mayor reproche porque tales comportamientos recayeron en una hermana, pariente que está en 2º grado de consanguinidad, los cuales resultan antijurídicos porque vulneraron efectivamente el bien jurídico protegido por el legislador



en estos casos, cual es, la libertad, integridad y formación sexuales, siendo viable predicar, conforme a su proceder y también considerando sus intervenciones a lo largo del proceso, que era capaz de comprender la ilicitud de sus actos, lo cual significa que obró con culpabilidad.

Lo anterior, sumado a que los testimonios rendidos por el señor ARISTÓBULO SEPULVEDA TARAZONA (vecino del procesado) y LEIDY FLOREZ MANCILLA, practicados a instancia de la defensa, no contienen información relevante que desvirtúe la prueba de cargo, ya que el primero únicamente refirió que el procesado había trabajado con él en su finca, logrando vislumbrar que se trataba de una persona honesta, mientras que su consanguínea refirió que no conocía nada sobre lo sucedido porque ya no vivía en la vereda para esa época.

De esta forma, como no prosperan los reparos analizados hasta el momento, la declaratoria de responsabilidad penal será confirmada.

- Dosificación punitiva.

El artículo 59 del Código Penal resulta categórico al establecer que toda *“sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”*, mientras que el artículo 61, inciso 3º, enseña que, identificado *“el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: 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, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha cumplir en el caso concreto”*.

No obstante, se tiene que la jueza de primer grado aumentó las penas 6 meses respecto de los mínimos aplicables para cada especie delictiva, limitándose a



indicar que lo hacía por la “*gravedad del comportamiento y la agravante*”, expresión que no se aviene a la fundamentación explícita que demanda la primera norma citada.

Bajo esa perspectiva y conforme a la prohibición de reforma en peor, la Sala no tiene otro camino que aceptar los reparos del procesado en cuanto a la dosificación de las penas, tasándolas en los mínimos que establece la ley penal, así:

- 16 años de prisión por cada episodio constitutivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado (artículos 208 y 211, inciso 1º del Código Penal).

- 12 años de prisión por cada episodio constitutivo del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado (artículos 209 y 211, inciso 1º del Código Penal).

Ahora bien, para la dosificación del concurso, según lo establece el artículo 31 del Código Penal, se toma como base la pena más grave, incrementándola en i) 3 años por los demás episodios de acceso carnal y ii) 2 años por los demás eventos en los que solo ocurrieron actos sexuales, lo que sí está debidamente acreditado, ya que las afrentas sexuales se presentaron durante un lapso prolongado y no siempre implicaron penetración, siendo claro que cada evento estructuró de forma independiente una u otra conducta punible. Queda así una pena principal final de **21 años de prisión**.

En dicho sentido se modificará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada. Lo demás resuelto en esa providencia permanecerá incólume.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

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

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, imponiéndose la pena principal de 21 años de prisión a ROSENDO MANCILLA LIÉVANO como autor responsable de los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales, ambos con menor de 14 años, agravado y en concurso homogéneo.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, en el entendido que no hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado, según lo planteado en la sustentación del recurso vertical.

Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de casación en los términos de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA