



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 trámite constitucional adelantado por **DERMARIS CAROLINA BERMÚDEZ MALAVER** contra el **JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA**, se ha dictado sentencia de fecha **18 DE OCTUBRE DE 2023**.

Para notificar al accionante y una parte vinculada 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 **23 DE OCTUBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-854T

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 23 DE OCTUBRE 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 trámite constitucional adelantado por **GILMA GUALDRÓN SOTO** contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, se ha dictado sentencia de fecha **18 DE OCTUBRE DE 2023**.

Para notificar al accionante que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio 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 **23 DE OCTUBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 23-804

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 23 DE OCTUBRE 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 GERMÁN GARCÍA GUALDRÓN** por el punible de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **20 DE SEPTIEMBRE DE 2023**.

Para notificar al procesado que no pudo serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del microsítio 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 **23 DE OCTUBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-426A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 23 DE OCTUBRE 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 JAVIER RIGAUD** por el punible de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS EN CONCURSO HOMOGÉNEO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **6 DE SEPTIEMBRE DE 2023**.

Para notificar al procesado que no pudo 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 **23 DE OCTUBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 19-627A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 23 DE OCTUBRE 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 JJORGE ALBERTO ESCOBAR TOVAR** por el punible de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **21 DE SEPTIEMBRE DE 2023**.

Para notificar al procesado y 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 **23 DE OCTUBRE DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Jullieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 20-500A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 23 DE OCTUBRE DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Radicación	68001-2204-000-2023-00875-00 (N.I. 23-854T)
Accionante	Dermaris Carolina Bermúdez Malaver
Accionado (s)	Juzgado 5° Penal del Circuito de Bucaramanga
Vinculado (s)	(i) Juzgado 14 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga (ii) Juzgado 1° Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Bucaramanga (iii) Fiscalía 08 CAIVAS de Bucaramanga (iv) Partes e intervinientes dentro del proceso 68001-6000-159-2023-05685
Decisión	Declara improcedente
Aprobación	Acta No. 1028
Fecha	18 de octubre de 2023

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entrar a resolver la acción de tutela promovida por Dermaris Carolina Bermúdez Malaver, contra el Juzgado 5° Penal del Circuito de Bucaramanga, por la presunta vulneración de su *iusfundamental* al debido proceso; trámite al que se vinculó a los Juzgados 14 Penal Municipal y 1° Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, Fiscalía 08 CAIVAS de Bucaramanga y partes e intervinientes dentro del proceso 68001-6000-159-2023-05685.

II. HECHOS Y PRETENSIONES

Dermaris Carolina Bermúdez Malaver, a través de escrito, señaló que contra el señor Leo Luis Camacho Larios se sigue proceso penal con radicado 68001- 6000-159-2023-05685 por el presunto delito de acceso carnal violento donde ella interviene como víctima; detalló que el Juzgado 5° Penal del circuito de Bucaramanga en auto del 18 de agosto de 2023, resolvió de forma negativa la apelación contra la

decisión del Juzgado 14 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, relativa a no acceder a la revocatoria o sustitución de la medida, esto sin tener en cuenta sus argumentos.

Al considerar que el señor Juez 5° Penal del Circuito, al no tener en cuenta sus argumentos dentro del trámite del recurso de apelación, vulnera sus derechos fundamentales como víctima en el proceso penal en curso.

Solicita en concreto: *Restablecer los derechos fundamentales que tengo como víctima y revocar la medida de aseguramiento en contra del procesado: Leo Luis Camacho.*

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. La acción constitucional correspondió por reparto al Despacho de la Magistrada Ponente, quien a través de auto del 10 de octubre de 2023 avocó el conocimiento y decidió vincular a los Juzgados 5° Penal del Circuito, 14 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, 1° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías todos de Bucaramanga, Fiscalía 08 CAIVAS de Bucaramanga, así como las partes e intervinientes dentro del proceso 68001-6000-159-2023-05685.

3.2. Consecuente, el Juzgado 14 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, respondió que el 21 de junio de 2023 les correspondió por reparto audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento contra Leo Luis Camacho Larios, por el delito de acceso carnal violento. Detalló que ante petición de la Fiscalía se impuso medida preventiva en establecimiento carcelario, determinación que no fue apelada y quedó en firme.

3.3. El titular del Juzgado 5° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, a través de informe del 11 de octubre de 2023 indicó que les correspondió resolver el recurso de apelación

propuesto por la defensa de Leo Luis Camacho Larios contra la decisión adoptada por un Juzgado con Función de Garantías referente a la negativa de la revocatoria o sustitución de medida de detención preventiva privativa de libertad, en el proceso 68001-6000-159-2023-05685, adelantada por el ilícito de acceso carnal violento en perjuicio de Demaris Carolina Bermúdez Malaver.

Detalló, el Despacho confirmó la decisión apelada en auto del 18 de agosto de 2023 por cuanto no se satisficieron los presupuestos señalados en la Ley 906 de 2004, destacando que la retractación de la víctima es un asunto a ser analizado dentro del juicio oral.

3.4. La Fiscalía General de la Nación, mediante oficio, absolvió que la Agencia fiscal 08 CAIVAS tiene el conocimiento del proceso 680016000159202305685 en donde se legalizó captura, formuló imputación y se impuso medida intramuros en contra de Leo Luis Camacho Larios. Sumó que en la diligencia de revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento, se presentó oposición y la Juez 14 Municipal con Función de Garantías negó la solicitud de la defensa.

3

3.5. Las demás entidades vinculadas guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Sobre la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, modificado por los Decretos 1382 de 2000, 1069 de 2015, 1983 de 2017 y 333 de 2021, este Tribunal tiene competencia para tramitar y resolver la acción de tutela en atención a que la demanda se interpone contra un Juzgado Penal del Circuito de Bucaramanga.

4.2. De la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política, indica que la acción de tutela es un mecanismo excepcional que tiene por objeto la protección judicial inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando tales han sido vulnerados o puestos en peligro, por acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente señalados por la norma antes citada, la cual ostenta carácter subsidiario, en cuanto no procede cuando el ordenamiento prevé otro mecanismo para la protección del derecho invocado; residual, en la medida en que complementa aquellos medios previstos en la normatividad que no son eficaces para la protección de los derechos fundamentales, y además, se trata de un instrumento informal, toda vez que se tramitan por esta vía las violaciones, o amenazas de los derechos fundamentales que por su trascendencia, no requieren la confrontación propia de un proceso ante la justicia ordinaria.

4.3. Problema jurídico

4

Determinar si las entidades accionadas y vinculadas al trámite constitucional, transgredieron el derecho fundamental invocado.

4.4. Derecho al debido proceso

Se ha indicado por la Corte Constitucional que el debido proceso constituye un conjunto de garantías que conceden protección al ciudadano dentro de una actuación judicial o administrativa y con ello, se busca afianzar el respeto de demás garantías fundamentales¹.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha edificado que tales postulados son: *(i) a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un acceso igualitario de los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad legal para ejercer*

¹ Sentencia SU-174/2021.

jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la Ley; y (iii) el derecho a la defensa (...) (iv) las garantías mínimas de presentación, controversia y valoración probatoria (v) a un proceso público, llevado a cabo en un tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas; (vi) y a la independencia e imparcialidad del juez.”²

En concordancia con lo atrás señalado, el debido proceso se ve representado en la posibilidad que toda persona cuente con mecanismos reales para requerir la protección de sus intereses ante los Jueces y a obtener una respuesta de fondo donde se resuelvan las controversias, situación de la que se evidencia una estrecha relación con el derecho de acceso a la administración de justicia³.

4.5. Legitimación en la causa mediante agencia oficiosa

La institución de la agencia oficiosa busca dar prevalencia al derecho sustancial, y que la propia acción constitucional se encuentre desprovista de varios de los requisitos formales que se exigen en otros trámites judiciales, lo cual no implica que se exima al accionante agencioso de ciertos rigorismos mínimos. Así, la Corte Constitucional ha establecido unos requisitos para que la agencia logre la legitimación en la causa por activa, aspecto procesal necesario para promover cualquier acción judicial. En este punto, el alto tribunal advierte:

“La Sala reitera las reglas jurisprudenciales sobre la legitimación por activa a través de agencia oficiosa, en las que se establece que tal figura procede cuando: (i) el agente manifiesta o por lo menos se infiere de la tutela que actúa en tal calidad; o (ii) el titular del derecho es una persona en situación de vulnerabilidad, que por sus condiciones físicas o mentales no pueda ejercer la acción directamente y (iii) el agenciado ha manifestado su voluntad de solicitar el amparo constitucional .”

² Sentencia C-163/2019.

³ Sentencia C-210/2021.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer que la agencia de derechos ajenos se encuentra enmarcada por la imperiosa presencia de la imposibilidad del titular de estos de ejercer su defensa en forma directa o por conducto de apoderado judicial. Esto, porque la institución implica la disposición del derecho desde el punto de vista de determinar libremente si se acude a la acción constitucional o se promueve otro tipo de mecanismo de protección. En este asunto, la propia Corte Constitucional señaló:

“(ii) La jurisprudencia de este tribunal ha establecido como requisito de la agencia oficiosa que esté probada la imposibilidad del titular de los derechos de acudir directamente o por apoderado a los mecanismos judiciales existentes para propender por la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

Este requisito está estrechamente ligado con el respeto a la autonomía de las personas, quienes válidamente y en el ejercicio de sus derechos pueden escoger no iniciar acción alguna o acudir a mecanismos diferentes a la tutela para buscar su protección. Así pues, en la sentencia T-312 de 2009 se expuso que:

“3.2 La innegable relevancia constitucional de la agencia oficiosa no implica, sin embargo, que su ejercicio no pueda ser sometido a una regulación específica, siempre que esta se dirija a garantizar otros fines y principios constitucionales. Dentro de ese marco, esta Corporación ha sostenido que el ejercicio de la agencia oficiosa solo opera cuando el titular del derecho no puede asumir su defensa personalmente (o mediante apoderado), debido a que es la persona que considera amenazado un derecho fundamental quien decide, de manera autónoma y libre, la forma en que persigue la protección de sus derechos constitucionales, y determina la necesidad de acudir ante la jurisdicción. Estas consideraciones se desprenden directamente de la autonomía de la persona (artículo 16, C.P.) y del respeto por la dignidad humana (artículo 1º, C.P.), fundamento y fin de los derechos humanos.

3.3 En síntesis, si bien la agencia oficiosa cumple el fin constitucionalmente legítimo y necesario de posibilitar el acceso a la jurisdicción constitucional a aquellas personas que se encuentran en imposibilidad de asumir por su cuenta la defensa de sus derechos constitucionales, no se trata, empero, de un mecanismo que pueda ser utilizado para suplir al interesado en la adopción de decisiones autónomas sobre el ejercicio, defensa y protección de los mismos”⁴.

(Subraya fuera del texto original).

4.6. Solución del caso concreto

En el asunto puesto a consideración de esta Corporación, aclárese, si bien acudió Dermaris Carolina Bermúdez Malaver bajo el argumento de la afectación a su derecho fundamental al debido

⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. (29 de marzo de 2019). Sentencia T – 144 de 2019. Expediente T 6.533.039. [M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez].

proceso, lo cierto es que se está reprochando la negativa del Juez de Garantías en primera y segunda instancia, de acceder a la solicitud de revocatoria o sustitución de medida intramural ordenada previamente en contra del señor Leo Luis Camacho Larios, ello sin advertirse justificación alguna del porqué, el propio implicado, no acudió directamente.

Significa lo anterior, la ciudadana Bermúdez Malaver, aunque no lo mencionó, presentó la demanda en calidad de agente oficioso del señor Camacho Larios.

Bajo tal panorama, lo primero que advierte la Sala de Decisión es que no existe legitimidad por activa en la presente acción constitucional, ello por cuanto en la demanda radicada por Dermalis Carolina no se observa indisponibilidad por quien estaría interesado en la protección de su derecho fundamental.

Dicho de otra manera, tal como se refirió en el acápite 4.5 del presente proveído, la agencia oficiosa impone acreditar, aunque fuese mínimamente, que el titular de los derechos no pueda acudir directamente a la administración de justicia, aspecto que no se evidencia en el *sub examine*, por cuanto en el escrito primigenio ninguna alusión se hace al respecto.

Y es que, si bien podría predicarse que se facultaría la intervención de la accionante por cuanto ella resulta ser la perjudicada en el proceso penal seguido en contra de Leo Luis Camacho Larios, la demanda constitucional no se direcciona a la protección de alguno de sus derechos *iusfundamentales*, sino a revocar la medida intramural que pesa en contra del procesado.

Bajo tal entendido, se concluye la obligación de declarar la improcedencia de la demanda constitucional por carencia de legitimación por activa.

Ahora, aunque la ausencia de legitimación en la causa por activa, ya implica la imposibilidad de avanzar en el estudio de fondo del recurso de amparo, la Sala estima necesario clarificar que tampoco se cumpliría el presupuesto de subsidiariedad, por cuanto como lo señaló el titular del Juzgado 5° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, al encontrarse en curso un proceso penal, es allí el escenario natural donde se deben discutir los temas probatorios y, en concreto, lo relacionado con la retractación de la posible afectada con la conducta punible.

Amén de lo anterior, la posibilidad de solicitar una vez más la revocatoria de la medida de aseguramiento o la sustitución de la misma, sigue latente, para lo cual la parte o interviniente interesado en su concesión, puede demandarlo ante el Juez de Control de Garantías, sin que pueda por manera alguna esta Colegiatura sustituir o desplazar al Juez natural para esta clase de actuaciones que son de su resorte.

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

8

V. RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela conforme a lo expuesto en el cuerpo motivo de este fallo.

SEGUNDO. De no ser impugnada la presente decisión, envíense las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Magistrada



JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Radicación	68001-3187-007-2023-000-39-00 NI 23-804
Accionante (s)	Gilma Gualdrón Soto
Accionado (a)(s)	Colpensiones y otros
Aprobación	Acta nro. 1028
Decisión	Confirma
Fecha	18 de octubre de 2023

ASUNTO

Resuelve esta corporación la impugnación propuesta por la accionante GILMA GUALDRÓN SOTO, contra el fallo de tutela del 15 de septiembre de 2023 emitido por el Juzgado 7° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga.

HECHOS Y PRETENSIONES

GILMA GUALDRÓN SOTO acudió al amparo de su derecho fundamental a la seguridad social, debido proceso y mínimo vital, y en consecuencia que se ordene a COLPENSIONES y POVENIR S.A, la realización de la corrección de su historia laboral de su difunto cónyuge José Alberto Gil, con fundamento en los hechos, sintetizados por el juez de primera instancia de la manera que sigue:

La accionante expuso que su esposo José Alberto Gil quien se encontraba afiliado a Porvenir S.A., falleció el 6 de octubre de 2013, por lo que desde la fecha adelantó labores tendientes a corregir su historia laboral en razón a que presentaba múltiples inconsistentes, no solo en este fondo sino también en Colpensiones, lo anterior en aras de acceder a la pensión de sobreviviente a la que tendría derecho.

Las incongruencias a las que se refiere las describió así: “CC 13356647 TORRADO BECERRA JOSE MARIA – 2011-11 • CC 13356647 TORRADO BECERRA JOSE MARIA – 2011 – 12 • CC 13356647 TORRADO BECERRA JOSE MARIA en el periodo 2012-02 • NIT 900021584 AMULSERVICIOS en el periodo 2012-04 • NIT 900021584 AMULSERVICIOS en el periodo 2012-05 • NIT 900021584 AMULSERVICIOS en el periodo 2012-07 • NIT 900021584 AMULSERVICIOS en el periodo 2013-01 • NIT 900021584 AMULSERVICIOS en el periodo 2013-02 • NIT 900384428 RODANDO POR

COLOMBIA S.A.S en el periodo 2013-04 • NIT 63443372 JAIMES VARGAS SANDRA en el periodo 2013-04 • NIT 900384428 RODANDO POR COLOMBIA S.A.S en el periodo 2013-05 • NIT 900384428 RODANDO POR COLOMBIA S.A.S en el periodo 2013-07 • NIT 900384428 RODANDO POR COLOMBIA S.A.S en el periodo 2013-08”.

A la fecha, los fondos de pensiones no adelantaron labores tendientes a cobrar los aportes pensionales que no han sido trasladados, lo que vulnera sus derechos fundamentales, en tanto que le impide acceder a la pensión de sobreviviente.

DEL FALLO IMPUGNADO

El juez de primer grado resolvió declarar la improcedencia del amparo, para lo cual argumentó que para las solicitudes de corrección de la historia laboral, con el objeto de obtener una pensión existe un mecanismo judicial idóneo y eficaz ante la jurisdicción laboral al cual debe acudir la accionante, toda vez que no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, a pesar de que indicó que desde el año 2016 subsiste de la caridad de sus familiares.

Aunado a ello, sustentó que no se probó por la actora algún derecho de petición, dirigido a solicitar de forma directa la pensión de sobreviviente o la corrección de historia laboral, a efectos de determinar la posible afectación de los derechos al debido proceso o petición.

Por último señaló que conforme los anexos de su demanda, la última actuación que efectuó ante Colpensiones corresponde al año 2020, por lo que es clara la falta de inmediatez en el presente trámite; más aun al considerar que el fallecimiento del cónyuge de la actora ocurrió en el año 2013 y que conforme su dicho desde el año 2016 está realizando las gestiones para obtener la pensión de sobreviviente, desconociéndose que han transcurrido alrededor de siete años, lapso amplio en el que hubiese podido acudir ante la jurisdicción laboral y resolver su situación.

DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó la anterior decisión, sustentando que el juez de instancia desconoció los medios de prueba que aportó en su demanda; concretamente en los escritos que ha radicado exigiendo la

corrección de la historia laboral de su cónyuge.

Adicionó que no se consideró que el proceso laboral puede durar entre tres o cuatro años, lo cual lesionaría sus derechos fundamentales, por cuanto no tiene otro sustento para cubrir sus necesidades básicas y tiene 61 años de edad, por lo que pertenece al grupo de la tercera edad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De acuerdo con el artículo 86 Superior y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, es competente este Tribunal para resolver la impugnación interpuesta al ser superior funcional del juez de primera instancia.

Del mecanismo idóneo de protección de derechos constitucionales fundamentales

Según el artículo 86 de la Constitución Política toda persona puede, mediante la acción de tutela, reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o particular, a condición de que no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Problema jurídico

Corresponde al Tribunal determinar si la decisión adoptada por el *a quo*, debe confirmarse o por el contrario revocarse, partiendo de la pretensión del accionante de ordenar a la accionadas la corrección de la historia laboral de su difunto cónyuge, fallecido el 06 de octubre de 2013 a efectos de obtener la pensión de sobreviviente.

Del derecho a la seguridad social.

Este derecho fundamental se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, en dos dimensiones, como un servicio público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección y control del Estado, y como una garantía irrenunciable a todos los habitantes. Así mismo, ha sido definido por la Corte Constitucional como *el conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y a sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano*¹.

Debido proceso.

Constituye un derecho fundamental consagrado por el constituyente de 1991 en el artículo 29 Superior. Este, a su vez, contiene una serie de garantías que buscan la protección de las personas que se ven incurso en una actuación administrativa o judicial. El máximo órgano de cierre en lo constitucional lo ha definido así: *“el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”*².

Del mínimo vital

El derecho al mínimo vital, no solo puede ser analizado desde el punto de vista objetivo, es decir, el dinero que requiere la persona para su subsistencia. La jurisprudencia Constitucional, ha enseñado que, en materia del mínimo vital, existe un factor subjetivo pues este derecho se encuentra ligado a la posibilidad de tener una vida en condiciones dignas, lo que en el sentir de este Tribunal implica *per se*, la posibilidad de garantizar el orden justo como finalidad del Estado.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-036 de 2017. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

² Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010

Así, el máximo Tribunal Constitucional, frente a este derecho ha advertido:

El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional".³

Del caso en concreto.

Descendiendo al caso examinado, recuérdese, la solicitud de la actora se dirige a la corrección por parte de Colpensiones y Porvenir S.A., de la historia laboral de su difunto cónyuge, José Alberto Gil, fallecido el 06 de octubre de 2013, para con ello acceder a su pensión de sobreviviente, empero, verificados los medios de prueba aportados al trámite, como se desarrollará, en sentir de esta Sala de decisión, es claro el incumplimiento del requisito de subsidiariedad e inmediatez, en la pretensión de la demandante.

En efecto, se observa registro civil de matrimonio 991304 entre la accionante y José Alberto Gil, certificado de defunción de este último expedido el día 06 de octubre de 2013, e historia laboral del obitado en Porvenir S.A. y Colpensiones; además se observa dos respuestas de esta última administradora de pensiones, la primera del 10 de diciembre de 2020 y la segunda del 10 de febrero de 2021 por medio de la cual se indicó cuáles empleadores y en qué períodos se realizó un pago errado a COLPENSIONES y que con el fin de normalizar la historia laboral, los pagos serían trasladados a la Administradora en que se encontraba afiliado; ello, en contestación a solicitud radicada el 06 de noviembre de ese año en la cual se consignó como peticionante a José Alberto Gil.

³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 678 de 16 de noviembre de 2017. Expediente T 6.301.544. Mg. Ponente. Dr. Carlos Bernal Pulido.

Considerando los hechos y elementos suasorios aportados en la demanda, es imperioso por la Sala abordar en principio el presupuesto de la inmediatez, requisito de procedencia de la acción de tutela que conforme precedente de la Corte Constitucional, exige a quien sienta lesionados o amenazados sus derechos fundamentales, acuda al mecanismo constitucional en un término razonable, pues de lo contrario, no se explicaría la necesidad de acudir a este mecanismo excepcional de protección.⁴

Bajo este planteamiento, en el mismo sentido que el *a quo*, no se cumple la precitada exigencia de procedibilidad, pues no es razonable el lapso dejado de transcurrir por la actora para acudir a la solicitud de amparo consistente en la corrección de historia laboral de su esposo fallecido en octubre de 2013, a efectos de obtener la pensión de sobreviviente; nótese es un término de diez años, en el que únicamente se acreditó unas respuestas de Colpensiones a una solicitud en el año 2020; es decir, hace casi tres años. Aunado a ello no se soportó que la actora padezca de alguna situación de salud o económica que le hubiese impedido en ese amplio término realizar gestiones mínimas, no solo ante las entidades que demandó, sino acudiendo ante el mecanismo judicial ordinario.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la recurrente al reprochar que no se valoró las respuestas de la accionada a su solicitud, por cuanto precisamente al considerar estos dos documentos es que el *A quo* concluyó la falta de inmediatez del amparo y de diligencia mínima ante la administración; teniendo en cuenta que desde el año 2013 falleció el causante de la pensión.

De otra parte, considerando que el debate se contrajo además en la improcedencia por incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad, ha de señalarse que el mismo se encuentra consagrado en el artículo 86.4 de la Constitución Política que establece “*Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo*

⁴ Sentencia SU – 961 de 1999, reiterada entre otras, en la sentencia T – 309 de 2013.

transitorio para evitar un perjuicio irremediable". (Negrilla fuera del texto original).

De este modo, ante el presupuesto sustancial referido, es claro que sí existen otros mecanismos de defensa judiciales idóneos y eficaces para reclamar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, luego se debe recurrir a ellos y no a la acción de tutela. Por lo tanto, cuando una persona acude al juez constitucional, no puede desconocer las acciones judiciales ordinarias contempladas en el ordenamiento jurídico.⁵

No obstante, ha fijado que en determinados casos la tutela resulta procedente a fin de proteger las garantías y derechos fundamentales, cuya protección resulta impostergable, cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable, el cual para el caso examinado, no se ha acreditado.

Por último, la Corte Constitucional de manera pacífica ha destacado que la procedencia del amparo constitucional contra decisiones proferidas por entidades administradoras de pensiones requiere demostrar: *(i) un grado mínimo de diligencia por parte del accionante al solicitar la protección del derecho invocado y (ii) probar la afectación del mínimo vital.*⁶

Al respecto el Alto Tribunal ha decantado que dicho presupuesto tiene como finalidad el respeto y estabilidad de los actos o decisiones que no han sido controvertidos durante un tiempo razonable, frente a los que se presume la legalidad de sus efectos ante la ausencia de controversias jurídicas.

Dicho ello, la accionante persigue una pretensión cuyo medio judicial idóneo para su reclamación, conforme desarrollo jurisprudencial⁷ es la jurisdicción laboral ordinaria ante la cual, a

⁵ Sentencia T-086 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶ Sentencia T-086 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ "El proceso ordinario laboral es un medio idóneo y eficaz porque, se reitera, este es el medio defensa judicial preferente "para solicitar la corrección de la historia laboral". Según la jurisprudencia constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los jueces ordinarios laborales están facultados para

pesar de que han transcurrido diez años, aún no ha acudido.

En ese sentido, acudió la actora a la acción de amparo, que se itera tiene un carácter subsidiario, a pesar de que no se demostró que la vía ordinaria de defensa judicial le sea ineficaz, sino que se limitó a señalar en su demanda que subsiste del apoyo de sus familiares.

En otros términos, no se acreditó por aquella unas circunstancias especiales para su procedencia excepcional como la calidad de adulto mayor o encontrarse en una situación económica que afecta su mínimo vital, ni siquiera se probó una actividad administrativa diligente para lograr su pretensión.

Aquí es preciso aclarar que la accionante en su impugnación reprochó que no se tuvo en cuenta que tiene 61 años; empero ello no la ubica, como lo afirmó, en el grupo de la tercera edad cuyos integrantes se predicen son sujetos de especial protección, y al cual pertenecen las personas que hayan superado la esperanza de vida certificada por el DANE -Departamento Administrativo Nacional de Estadística- que en el caso de las mujeres para el año 2023 es de 80,13 años.

Aunado a lo anterior, no es de recibo el reproche de la demandante en alzada respecto a que el juez de instancia desconoció que el proceso laboral puede durar entre tres o cuatro años, por cuanto se itera, esta ha dejado transcurrir diez años sin realizar un mínimo de diligencia ante la administración y sin perseguir su pretensión ante la vía judicial ordinaria.

Bajo las anteriores consideraciones, claro es que no se probaron unas circunstancias especiales en la accionante que permitan advertir que los medios de defensa judicial ordinarios le resulten ineficaces; por el contrario, se observa que no ha acudido a estos a pesar del

ordenar a los fondos de pensiones la corrección de la fecha de vinculación y afiliación si advierten inconsistencias en la información que reposa en las bases de datos públicas[79]. De este modo, a través del proceso ordinario laboral, el señor Cáceres Rodríguez puede solicitar al juez laboral que ordene a Porvenir corregir la fecha de vinculación efectiva al RAIS, de manera que esta se vea reflejada en el SIAFP y sea tomada en cuenta por la OBP para efectos de calcular la tasa de rendimiento del bono pensional.” Corte Constitucional T-460 de 2021.

amplio término que ha transcurrido; de ahí que tampoco se colige una afectación a su derecho a un mínimo vital y en esa línea ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, vía por la que se recuerda, se habilitaría la intervención del juez de tutela de manera transitoria.

Así las cosas, lo censurado por Gualdrón Soto en su impugnación es insuficiente para rebatir los acertados argumentos del juez de primera instancia frente a la improcedencia del amparo, por incumplimiento de los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, razón por la cual se confirmará en su integridad el proveído.

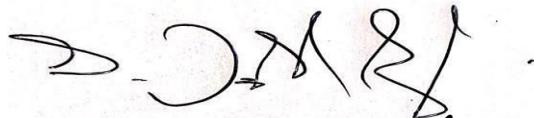
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en Sala de Decisión de Acción de Tutela, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE.

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo de tutela del 15 de septiembre de 2023 emitido por el Juzgado 7 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, conforme las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: REMITIR el presente diligenciamiento ante la H. Corte Constitucional para su eventual Revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Magistrada



JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente:

Jairo Mauricio Carvajal Beltrán

Rad. 68001-6000-258-2017-02102-01

Aprobado Acta No. 929

Bucaramanga, veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

1. Asunto

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia proferida el 16 de julio de 2020 por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual absolvió a Germán García Gualdrón como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo.

2. Hechos

El 7 de diciembre de 2017, en horas de la noche, en la vivienda de dos pisos ubicada en el barrio Primavera I etapa de Floridablanca, Luz Ángela López García fue alertada por su hija N.K.L. de 10 años de edad, para que se dirigiera a ver a su hermana D.J.A.L. de 7 años, porque le había ocurrido algo; al abordarla, la menor se encontraba llorando y le dijo que su tío Germán García Gualdrón la había violado, que le revisara la cola porque él le había bajado el pantalón, le tapó la boca y le metió el palo por la cola, refiriendo que le dolía la vagina. Posteriormente, la niña manifestó que esto ya había sucedido en varias oportunidades durante el año 2017.

3. Antecedentes procesales

3.1. El 8 de febrero de 2018¹ ante el Juzgado 6 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, se legalizó la captura de Germán García Gualdrón, y luego se le formuló imputación como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo -art. 209, 211 num. 5º y 31 del C.P.-; cargos que no aceptó. Así mismo, le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

¹ PROCESO PENAL GERMAN GARCIA GUALDRON(7), folio 229

3.2. El conocimiento correspondió al Juzgado 6 Penal del Circuito de Bucaramanga, quien realizó audiencia de formulación de acusación el 16 de abril de 2018², por idéntica conducta, más la adición efectuada por la fiscalía para incluir el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado; la preparatoria se realizó el 31 de mayo de 2018³. El juicio oral se desarrolló en sesiones del 1 y 31 de agosto, 3 de octubre, y 3 de diciembre de 2018; 8 de febrero, 27 de mayo, 7 de octubre y 7 de noviembre de 2019, última sesión en la que se anunció el sentido del fallo de carácter absolutorio y se ordenó la libertad inmediata del procesado, leyéndose la sentencia el 16 de julio de 2020.

4. Sentencia impugnada

4.1. El juez de primera instancia profirió sentencia absolutoria en favor de Germán García Gualdrón, por todos los cargos por los que fueron atribuidos en la acusación. Concluyó que de la valoración de los medios de conocimiento, queda claro que la menor, su progenitora y su abuela, idearon la historia sobre los hechos ocurridos con el fin de perjudicar a su familiar por causa de una disputa herencial relacionada con la vivienda en la que residen, puesto que las manifestaciones efectuadas por la menor de edad, no corresponden a las de una niña de su edad, no reflejan aflicción alguna, dudó y rio mientras contestaba las preguntas en cámara Gessel, mencionó que a su tío le salió un líquido amarillo con el que se embaraza a las mujeres, refirió la existencia de un arma de fuego y esgrimió que su pariente la había amenazado con matar a toda su familia, denotando todo ello ser un relato implantado. Esto sumado a las contradicciones entre las deponencias de la madre Luz Ángela, la abuela Lourdes y la prueba científica que apunta a que no existió acceso alguno.

Sobre los tocamientos anteriores, argumentó el fallador que la niña no mencionó nada; que Luz Ángela dijo haber escuchado a la niña referirle a la psicóloga que esos episodios habían ocurrido en varias oportunidades, pero no se lo dijo a ella; la menor N.K. no refirió en el juicio haber visto tocamientos de índole sexual contra su hermana, quedando en duda la comisión del punible de actos sexuales con menor de catorce años.

5. De los recursos

5.1. La fiscalía⁴ solicitó revocar la decisión absolutoria y en su lugar que se condene al acusado por los cargos imputados. Adujo el recurrente que del análisis de las pruebas es posible establecer la ocurrencia de los hechos, dado que la menor

² PROCESO PENAL GERMAN GARCIA GUALDRON(7), folio 186

³ PROCESO PENAL GERMAN GARCIA GUALDRON(7), folio 172

⁴ 7. 62750 EXPEDIENTE COMPLETO, folio 5

víctima fue clara y espontánea al narrar el atentado sexual ocurrido en su contra, señalando a su tío Germán como el agresor, indicando que el sujeto le metió el palo, tocándole sus senos y vagina. La madre, por su parte, contó la forma en que su hija N.K. la alertó sobre lo ocurrido, y su hija menor le explicó el acto cometido por su tío, aunado a que en su declaración no mencionó ningún tipo de enemistad con él. La abuela manifestó que ese día escuchó gritar a su hija que el tío había violado a la niña, por lo que le dijo que la llevara inmediatamente al hospital, y refirió que no había habido ningún inconveniente anterior con el acusado, pues fue después de esos hechos cuando los hermanos le pidieron desocupar la casa, de la cual le corresponde una porción a título de herencia.

Sobre la prueba científica, recalcó la recurrente que en informe pericial se consignó haberse detectado semen en el pantalón y en la cavidad vaginal de la niña, pese a que no pudo determinarse ningún perfil genético masculino, debido a la baja cantidad de la muestra. De igual modo, la profesional en psicología se refirió en juicio a la versión que le habría ofrecido la menor, resultándole coherente en el lenguaje verbal y no verbal, por lo que, la fiscal considera irrespetuoso que el juez de primera instancia hubiese señalado que la niña parecía estar a gusto al narrar los hechos, dejando a un lado que todos los seres humanos son diferentes y pueden evidenciarse disímiles reacciones ante ciertas situaciones.

Una segunda psicóloga corroboró la valoración realizada a la niña, en la que le contó con sus palabras cómo el tío Germán la había violado, y presentó llanto incontrolable, manifestó dolor anal, y señaló que él le metió el palo en la cola.

En síntesis, dijo la disidente que todas las pruebas conducen a evidenciar la materialidad de los reatos y la responsabilidad que en ellos tuvo García Gualdrón.

5.2. A su turno, la representante del Ministerio Público, en la sustentación del recurso pidió revocar la decisión y condenar al acusado por los punibles de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado y el de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

Alegó disentir de la decisión de primera instancia, pues considera que D.J.A.L., al momento de rendir su testimonio, fue clara en relatar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, e identificó al agresor como su tío Germán, versión que no riñe en nada con la entregada durante la investigación. Además, lo declarado por la víctima cuenta con confirmación en las demás pruebas, pues la madre y la abuela refirieron la forma en que percibieron el conocimiento de los hechos ocurridos ese día en contra de la niña. Por otro lado, los profesionales Blanco

Quintero y Ehardhardt registraron en sus expedientes un eritema muy leve en la región vulvar, y lo difícil de interrogar a la menor ese día, pues presentaba llanto incontrolable y refería dolor anal, además de haberse indicado que se cambió de ropa porque había un fluido en ella.

Con este material probatorio, considera que la fiscalía demostró la materialidad de la conducta, siendo admisible que la víctima mostrara nerviosismo u otro comportamiento similar a la hora de enfrentar al estrado judicial, no debiéndosele restar credibilidad al dicho de la afectada, cuando a la revisión de todas las pruebas se advierte la ocurrencia de los delitos endilgados al procesado.

5.3. La defensa, como no recurrente, aseguró que la fiscalía no probó más allá de duda la responsabilidad penal del acusado, la cual se descartó a partir de la prueba científica, que da cuenta de que la niña no sufrió penetración vaginal; además, tampoco existió evidencia corporal sobre la introducción del miembro viril por vía anal, no se pudo cotejar la muestra de semen con el perfil genético de Germán García, y la valoración psicológica no tuvo lugar el mismo día de los hechos, puesto que al momento de recepcionar la pericia, la madre y la niña lloraban mucho, lo que denota que la menor fue direccionada por su progenitora para dar la versión ante los profesionales. Finalmente, resaltó que no se incorporó prueba alguna sobre actos sexuales anteriores al día 7 de diciembre de 2017.

6. Consideraciones del Tribunal

6.1. Competencia

De conformidad con el artículo 34, numeral 1°, de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias penales que profieran jueces del circuito de este Distrito Judicial.

6.2. Problema jurídico

Determinar si la valoración conjunta de los medios de prueba permite acreditar con certeza la materialidad y responsabilidad penal de Germán García Gualdrón como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, en perjuicio de la menor D.J.A.L.

6.3. De la materialidad y responsabilidad penal en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo.

El disenso se centra en la indebida valoración de las pruebas, pues consideran la fiscalía y la agencia del Ministerio Público que en el juicio fue dilucidada la materialidad de la conducta, y que el delito fue cometido por el acusado.

El Juzgado 6º Penal del Circuito de Bucaramanga profirió sentencia absolutoria al asegurar que la fiscalía no pudo desvirtuar la presunción de inocencia que pesa en favor del procesado, pues de la valoración del testimonio de la víctima, involucrando también la manifestación previa al juicio ofrecida a la psicóloga Johana Patricia Delgado Rojas, permite concluir que la niña no fue espontánea, que utilizó palabras y expresiones que no se compadecen de su edad, señalando que le fue implantado el relato expuesto.

También consideró que las demás pruebas testimoniales no pueden confirmar esa versión, pues la madre y la abuela de la niña se mostraron inconsistentes, la primera al haber señalado que revisó la cola a la niña, notándola enrojecida, pero en esa primera oportunidad no dijo haberla visto untada de semen, no obstante, más adelante, sí pudo observar la gran cantidad de liquido seminal en la ropa que se había quitado la menor; tampoco le pareció creíble al juzgador, que la madre le permitiera cambiarse cuando ella misma estaba atendiendo la situación de llanto de su hija e interrogándole sobre lo ocurrido. Por su parte, la abuela Lourdes sí afirmó haber visto semen en la cola de su nieta, denotando esto que alguna de las dos mintió.

Sobre las consideraciones del fallo revisado, sea lo primero enfatizar que, según la dogmática del proceso acusatorio, solo es prueba la que se practica en el juicio con inmediación y contradicción, por el contrario, no lo es la que no cumple esas condiciones. Como excepción, ciertas declaraciones fuera del juicio oral pueden ser utilizadas para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de agravación o atenuación punitiva, etc., cuando no sea posible practicarlas en el juicio, y pueden solicitarse como prueba de referencia admisible, siempre que se respete el debido proceso probatorio (descubrimiento, solicitud fundada y práctica en el juicio) y se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, como lo ha señalado

la Corte⁵, o ser utilizadas como testimonio adjunto cuando se advierte retractación o cambio de relato.

La versión que D.J.A.L. le entregó a la psicóloga no podía apreciarse como prueba, pues la única forma de que así se hiciese era bajo la previsión de las formalidades de la prueba de referencia o del testimonio adjunto. Recuérdese, la declaración del perito tiene como finalidad que aquel explique lo que le consta, acorde con la razón de su ciencia o arte, y no acreditar lo que le dijo el examinado, porque ese tema no es objeto de su percepción directa. Por esa razón, la entrevista forense a menores víctimas de delitos sexuales no puede ser elevada a la categoría de prueba autónoma, por lo que la incorporación de las manifestaciones precisas de D.J. a través de la entrevistadora, fue irregular y no resulta viable elevar consideraciones sobre su contenido.

Así las cosas, durante el juicio la niña expuso que (sin especificar el día) no había papel y se dirigió donde su tío Germán a pedirle, que él le tapó la boca, la subió a una mesa, la amarró, le dijo que mataría a su familia con una pistola que tenía en el cajón si no se callaba; dijo la niña que con el pipi le había tocado su cola y la parte íntima, habiendo señalado su cola y vagina en la gráfica infantil, así como el pene de su tío en la gráfica masculina; refirió que él le tocaba la cola, que fue en diferentes días mientras tenía 6 años, que ambos tenían ropa, que su hermana N.K. se dio cuenta, que esto ocurría en el día, que ella le decía “suéltame” y él contestaba “no”, que sentía dolor, le contó a la mamá lo que le pasó y ella llamó a la policía, que le dolió la cola, que al tío Germán le salió algo amarillo que embaraza y eso quedó en su colita, y que él había metido su pene en la boca⁶.

Si bien es indiscutible que la víctima es la única que puede dar razón del abuso sexual ocurrido el 7 de diciembre 2017, otras pruebas permiten construir el escenario en que ocurrió la agresión y que aportan credibilidad a los hechos denunciados. La hermana de la ofendida, N.K.L., contó al estrado que *“fue el 7 de diciembre de 2017, estábamos ahí afuera con las velitas, entonces cuando después, que ya se iban terminado las velitas, nosotros nos entramos, y cuando entramos mi mamá iba a peluquear a mi tío Leonardo, entonces yo no sé qué fue lo que pasó, cuando yo vi a mi hermanita subiendo de las escaleras de abajo, ella me llamó y yo le dije: ¿qué pasó?, y ella dijo -estoy lastimada, dígame a mi mamá, dígame a mi mamá; yo le dije a mi mamá, mi mamá vino y después fuimos al doctor y ahí la atendieron rápido”*⁷.

⁵ Entre varias, SP del 6 de abril de 2022, rad. 51750

⁶ Audiencia de juicio oral 31 de agosto de 2018, 1^h03'00”

⁷ Audiencia de juicio oral 31 de agosto de 2018, 13'56”

Agregó que su hermana había referido que *“dizque le había entrado la parte íntima del hombre ahí a la colita [...] mi tío Germán”*; y refirió que la vio asustada y llorando.

Luz Ángela López García, madre de la menor, manifestó *“él se propasó con mi hija el 7 de diciembre de día de las velitas de 2017, estábamos celebrando las velitas y ya habíamos terminado de prender las velas y nos dentramos para adentro, mi tío, o sea yo entré las niñas, y yo había cerrado la reja pero no le había echado candado, se me quedó abierta, mi niña, yo iba... mi hermano me había pedido el favor que yo le hiciera el favor y lo peluqueara [...] Eduar Leonardo López Gualdrón ... López García [...] D.J. dijo que iba a ir para donde la abuelita y yo no supe, ella se fue supuestamente fue al baño y pidió papel, pero como yo estaba ocupada no le escuché, entonces ella se bajó a pedirle papel a mi tío Germán, yo salí con mi hermano para peluquearlo porque no quería ensuciar ahí la sala de pelo, salí para afuera a la puerta de la calle, cuando veo a mi hija corriendo y mi otra hija salió a la pata a ver qué le pasó a la niña, me dijo: mami que venga ligero porque mi tío le hizo daño a mi hermana”⁸*, al acudir, la niña le dijo *“mi tío me hizo daño”*, contó que la niña se había cambiado de ropa, y estando en el hospital, le fue indicado que debía recoger las prendas y llevarlas consigo como evidencia.

Por su parte, la abuela materna de D.J., Lourdes García Gualdrón, relató que *“en el 7 de diciembre del 2017, celebrábamos el día de la visita de la santísima virgen, el día de la quema de las velas, pasamos ese rato ahí alegres y contento y todo, quemando las velas y las niñas corriendo y todo, cuando acabamos de quemar las velas nos subimos para adentro cada uno para su pieza [...] cuando mi hija Luz Ángela grita: -¡ay Dios, no puede ser! yo pegué la carrera, y dije: ¿qué pasó mija?, dijo: -mamá que mi tío violó a mi niña, entonces le dije: coja la niña y váyase pal hospital”⁹*; la testigo indicó que vio a la niña en un rincón llorando, gritando que el tío le había hecho daño, le miró la cola y se la vio roja y untada de semen.

A partir de estos testimonios recaudados en el juicio, se debe aplicar la metodología de la corroboración periférica, la cual propone acudir a la comprobación de datos marginales o secundarios que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada, dado el secretismo que implica la comisión de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, cuya acción ocurre casi siempre en ámbitos reservados, fuera del alcance de cualquier observador, y en los casos en que los ilícitos no dejan

⁸ Audiencia de juicio oral 31 de agosto de 2018, 1^h30'26"

⁹ Audiencia de juicio oral 3 de octubre de 2018, 29'52"

rastros en el cuerpo, el único testigo de la agresión o abuso, resulta siendo la propia víctima¹⁰.

De esta manera, la información que aportaron las familiares de la menor son producto de su conocimiento personal y directo, destacándose univocidad en la descripción de la escena ocurrida en la noche de velitas del año 2017, cuando i) Luz Ángela pretendía cortarle el cabello a su hermano en la parte posterior de la vivienda y en su ocupación perdió de vista a D.J., ii) D.J. subió llorando y corriendo las escaleras que comunican el sótano o primer piso, en el que se encontraba García Gualdrón, iii) la hermana mayor N.K. se apresuró tras ella para verificar qué le había ocurrido, iv) D.J. le dijo a N.K. que su tío Germán la había lastimado, sobre lo cual alertó de inmediato a su madre, v) Luz Ángela concurrió a la habitación y la niña le dijo que su tío le había hecho daño, vi) ante el asombro y los gritos de la madre, Lourdes (abuela) se acercó a preguntar qué ocurría y Luz Ángela le refirió el suceso, recibiendo de su progenitora la indicación de llevar a la niña al hospital de inmediato, y así lo hizo.

También se tiene la versión de la entrevistadora forense que dijo haber recibido la versión de la niña, habiéndole referido que ese señor le dijo “venga aquí”, la amenazó con matar a su familia y le metió el palo en la cola, que ella le había contado lo ocurrido a su mamá, que el sujeto se llama Germán López y es su tío, vive abajo en la otra casa, que también le ha tocado la vagina, que sintió dolor, los hechos ocurrieron en su casa, y refirió que al tío le había salido lo de embarazar a la mujeres, de color amarillo, quedando untada en la colita y la cosita. Especificó que la menor presenta problemas para pronunciar ciertas palabras, pero cognitivamente se encuentra bien.

En el juicio también se escuchó a la médico July Juliana Blanco Quintero, quien atendió a la víctima en el servicio de urgencias sobre la media noche del 7 de diciembre de 2017, relató que por la edad la paciente no dijo mucho, y además fue difícil interrogarla debido a su llanto e intranquilidad; la menor le refirió que el tío materno Germán García Gualdrón “le metió un palo por la cola”, y fue esa exactamente la locución empleada por la niña, quien también dijo tener dolor anal, que su tío amenazó con matar a su familia, reseñando en la historia clínica que al examen físico la paciente presentaba leve eritema vulvar. Añadió que ante la manifestación de la progenitora sobre que la niña se había cambiado de ropa, le pidió que se dirigiera a la casa para recolectar las prendas y las allegara a la institución.

¹⁰SP086-2023, rad. 53097

La psicóloga Diana Carolina Mena Pallares describió que la entrevista a la paciente fue difícil, pues estaba bastante afectada y presentó llanto incontrolable; la profesional diligenció el relato de los hechos, y aseveró que la niña siempre nombró a su agresor como el 'tío German'.

En lo que toca con la prueba pericial, el médico legista constató que la menor presentaba himen anular íntegro no dilatable, sin lesiones; dijo a la audiencia que indagó a la menor sobre a qué se refería al decir 'palo', respondiendo la infanta, "es el palo de los hombres, eso, el palo, eso que se llama pene", y le afirmó que "otros días también me violó". Concluyó la profesional, que los hallazgos permiten descartar penetración vaginal, pero no confirman ni descartan manipulación sexual a ese nivel.

Frente a estas particulares manifestación de la médico de urgencias, la psicóloga y la perito forense, debe aclararse que su apreciación no se cimenta bajo la lógica de la prueba de referencia, puesto que en este caso no arribaron dichas testigos como medio para introducir una declaración anterior de la víctima, sino que, arribaron al juicio para dar cuenta del contacto que, desde sus roles, mantuvieron con la menor luego de ocurridos los hechos denunciados, representando tal conocimiento un elemento de corroboración periférica del abuso, por tratarse del relato que les hizo la niña durante la atención médica y la entrevista forense, lo cual torna más creíble la versión que la víctima ofreció en juicio, ya que lo dicho por las deponentes aporta ratificación de circunstancias narradas por la víctima en audiencia, como las características del lugar en que ocurrió el hecho, el nombre e individualización del victimario y su relación con él, aspectos modales de la comisión del ilícito, incluso, dan cuenta del estado de ánimo de la niña al momento en que mantuvo contacto con ellas como parte del personal médico dispuesto para su atención, y lo más importante en este asunto, la persistencia en la incriminación, resultando ser su exposición, precisamente, una corroboración de las varias aristas dilucidadas en el debate público y que merecían el mayor aporte probatorio posible.

La recolección de esta información permite determinar la existencia de los hechos investigados, por lo que los argumentos desplegados en el fallo de primera instancia riñen con los criterios de la debida valoración probatoria, dado que no le dio credibilidad a los testimonios recaudados, basado en la incoherente acción de Luz Ángela López García, al permitirle a su hija cambiarse de ropa, y de señalar que solo al regresar a casa por esas prendas fue cuando se percató del fluido presente en aquellas, y no lo hizo cuando revisó a la niña al momento en que ella le narró lo acontecido; en cambio, la abuela Lourdes sí afirmó que al revisar a la niña en la casa

advirtió que estaba untada de semen, resultándole esto indicativo de la flagrante mendacidad en que incurrió alguna de las dos deponentes.

También le parece irrazonable al juzgado de instancia que Luz Ángela afirmara en audiencia que su niña lloraba por la calle, si los hechos ocurrieron al interior de la casa, y que señalara que la niña le dijo que su tío la agredió con “el pene del hombre”, advirtiéndose que parece más adecuado para su edad el señalamiento inicial de la niña sobre la introducción del ‘palo’, todo lo cual, acompasado con la prueba pericial vertida, le permitieron concluir que no existió penetración alguna.

Frente a lo dicho por el juzgado, se descarta por esta Corporación que esos argumentos puedan restar credibilidad y valor a las versiones escuchadas, en tanto que, al escuchar todos los registros de audio es palpable la dificultad de expresión oral de la madre de la víctima, siendo mucho más notable en D.J., quien a los 8 años de edad, verbaliza muy poco las palabras, y de lo cual se dejó precisión por parte de la entrevistadora forense, señalándose como una problemática en la pronunciación, pero con normalidad cognitiva; esto sumado al contexto socio cultural de la familia, que constituyó obstáculo para desenvolverse en la sesión pública, en la que efectivamente se mencionaron ciertas inconsistencias, las cuales al final tuvieron una clara explicación. Por ejemplo, a la hora de describir el inmueble, dado que en el imaginario de la audiencia, lo lógico era que el primer piso de la casa estuviese abajo y el segundo piso arriba, pero en este caso, lo que los moradores de la vivienda llaman segundo piso es en realidad el único nivel, pues el mencionado primer piso es un sótano que se comunica internamente, y de esa situación solo pudo obtenerse claridad luego de la declaración de Andrés Orlando Serrano León, investigador técnico que introdujo y expuso el registro fotográfico del inmueble, ya que las testigos no lograron explicarlo con claridad.

En efecto, la madre dijo que “*la colita de la niña tenía todo rojo, bien, como si se haiga, todo rojo, rojo*”¹¹, pero, al examen físico, el eritema hallado fue muy leve; la abuela dijo haber notado semen en el cuerpo de la niña, pero no se lo refirió en ese momento a Luz Ángela; también, la denunciante aseguró “*que por toda la calle la niña gritaba: me duele mami*”, y que la menor dijo sentirse asquerosa, denotándose que esto parecen ser aspectos exagerados por las declarantes, pero no restan en modo alguno peso al dicho de la ofendida.

¹¹Audiencia de juicio oral 31 de agosto de 2018, 27'22”

Mucho menos podría serlo el hecho de que D.J. se hubiese cambiado de pantalón, lo que no riñe para nada con las versiones rendidas, pues se tiene claro que la niña subió corriendo las escaleras y N.K. corrió tras ella, hablaron, N.K. llamó a su madre, y esta a su vez alertó a la suya; tiempo suficiente para que D.J. pudiera quitarse la sudadera, ya que pese a que la reacción fue rápida e inmediata al considerar llevar a la niña a recibir atención médica, ello no implica que hubiesen transcurrido varios minutos para que la víctima se despojara de la ropa que la hacía sentir mal por estar impregnada de los fluidos producto de los vejámenes a que había sido sometida momentos previos por parte de Germán García, además, de que los testigos dijeron que en ese momento habían encarado al sujeto, quien negó todo, por lo que el cambio de ropa no le resta veracidad al señalamiento que hizo la menor de su agresor.

Otra situación que se presentó, que tampoco le resta verosimilitud al señalamiento de la víctima, es el hecho de que ésta se hubiese referido al semen como “lo que embaraza a las mujeres”, pues nada se auscultó en el juicio sobre el por qué la niña entendía lo que es el semen, y que permita considerar posible que fuera una idea implantada caprichosamente para justificar toda una invención de hechos ilícitos que nunca ocurrieron, y de esta manera perjudicar al acusado. Se trata de una conjetura particular de la defensa y del juez que no encuentra respaldo probatorio alguno, porque la menor bien pudo haber escuchado a sus ascendientes o al personal médico que la atendió, referir que ese líquido encontrado sobre su pantalón era semen, o líquido con el que se embaraza a las mujeres, según el vocablo utilizado al interior del contexto familiar, y tomar en cuenta esos términos para precisar su relato a la hora de rendir la entrevista en la fase de indagación y el testimonio en el juicio oral.

Ahora, en lo que concierne con una aparente motivación para haber ideado los hechos delictivos, y que fundó parte de la absolución declarada por el a quo, es que la vivienda en que ocurrieron los hechos, es habitada por el núcleo primario de la víctima, y es un bien objeto de litis sucesoral, lo que para el juez de primera instancia constituye una fuerte razón para que la niña, la madre y la abuela se hubiesen inventado la historia.

Para esta Sala, aquello no comporta si quiera material de duda contra la hipótesis de cargo, pues ninguno de los testigos de la fiscalía, ni el de la defensa, refirieron que, previo a los hechos acá juzgados, haya habido enemistad alguna derivada de esa situación; al contrario, fue después de la denuncia que se tornaron difíciles las relaciones entre los hermanos García Gualdrón, suscitándose amenazas entre unos y otros, y hostigamiento a Lourdes para que vendiera o cediera sus derechos herenciales. En todo caso, no puede considerarse que la indeterminación de

la propiedad de ese inmueble haya motivado la ideación de la historia de abuso sexual infantil, cuando el propio testigo de descargo dijo que nunca antes se había suscitado algún problema, y afirmó que consideraba que su hermana había enviado injustamente a la cárcel a Germán, pues un día le dijo “no gané como mandé a mi hermano a la cárcel”.¹²

En lo que va de la disertación, se hace evidente que la agresión sexual denunciada no era un episodio inverosímil que nunca hubiese existido, por el contrario, existió un señalamiento directo de la víctima que fue corroborado por los testimonios de la hermana, la madre y abuela de aquella. Por lo tanto, resultaba desacertado el razonamiento del fallador al entender que había notado en la pequeña un *“comportamiento risueño como si se sintiera a gusto contando la historia”*, y que *“la menor víctima, su progenitora y su abuela idearon la historia para perjudicar a su hermano”*.

Tales afirmaciones, lejos de contener sensatez, merecen recordar que a los jueces les resulta obligatorio adoptar todas las herramientas jurídicas disponibles, para erradicar cualquier tipo de discriminación en perjuicio de las mujeres, y de la violencia sistemática ejercida en razón de su género, enfoque diferencial que se hace aún más necesario cuando la agresión se dirige contra una menor de escasa edad, pues la víctima en este caso, comporta una doble condición de vulnerabilidad, habiendo sido objeto de violencia sexual, precisamente por razón de su género y aprovechando la fragilidad derivada de su edad.

Desde esta perspectiva, el fallador singular debía mostrar más empatía con respecto a la menor afectada, a quien sus condiciones personales, sociales y culturales no le permitieron comportarse de la manera que seguramente el juez esperaba, pues como se analizó en precedencia, la menor muestra complicaciones en su verbalización, pronuncia pocas palabras y lo hace casi siempre de manera incorrecta, dificultando su narración de los hechos, incluso, como también ya se dijo, se presentaron detalles que parecieron exagerados, como mencionar que el tío le había dado billetes, que tenía una pistola en el cajón, y que la amarró con una cuerda.

No obstante, una interpretación conjunta y generalizada de todas las pruebas, demuestran que el aspecto central de la acusación se mantuvo, y fue que la niña, en la noche de velitas del 2017, bajó al primer piso donde se encontraba Germán García Gualdrón, y luego subió corriendo las escaleras, fue abordada por su hermana N.K., quien llamó a su madre Luz Ángela, y momentos después se acercó también la abuela Lourdes, todas escuchando a la menor decir, en medio del llanto, que su tío

¹² Audiencia de juicio oral 27 de mayo de 2019, 40'28"

Germán la había agredido sexualmente; luego de esto, D.J. se cambió la sudadera, la madre y sus dos hijas se dirigieron a la clínica Guane, y en la consulta la niña reiteró la manipulación sexual en su cola y vagina por parte del tío Germán, además de relatar que la había amenazado con matar a la familia si decía algo sobre lo ocurrido. También quedó claro que a la progenitora se le pidió que fuera por el pantalón dejado en casa para la toma de muestras de tela y de fluidos.

Sobre este último tema, debe destacarse que no le asiste razón a la fiscalía al afirmar que dentro de la estipulación probatoria No. 5 se hubiese ingresado al juicio el hecho de que en las muestras del introito vaginal y del pantalón de sudadera de la afectada, se detectara semen, puesto que, por un lado, no fue ese el objeto de la estipulación, y por otro, a la lectura que se registró en el audio del documento contentivo del resultado de laboratorio, se escucha que “no se detectó semen”. Sin embargo, se ha de resaltar que este es un hecho que se mantuvo impreciso, puesto que lo estipulado señala que de las muestras tomadas a la menor, no fue posible obtener un perfil genético masculino, pudiendo ser esto producto de la mínima cantidad de ADN masculino contenido en la muestra; sin embargo, como ya se dijo, al leer el documento no se confirmó en ninguno de sus apartes que esa poca cantidad de ADN masculino corresponda a semen; situación que en todo caso no ingresó con claridad al juicio y no puede usarse como elemento en perjuicio del procesado.

Lo que sí quedó claro, es que, ante todos los profesionales de la salud la niña refirió la agresión sexual, y siempre señaló al tío Germán como el autor de tal acto, quien además, era el único hombre que se hallaba en esa área de la vivienda, y se encontraba solo. De hecho, los médicos percibieron el estado anímico de la niña en la etapa primigenia del proceso clínico y legal, habiendo mantenido llanto inconsolable, desespero y exaltación, según explicaron en sus informes en el juicio oral.

Ahora bien, a la auscultación de la declaración vertida en juicio por D.J.A.L., se evidencia que nunca mencionó la introducción del miembro viril, así fuese mínima, sino que sus declaraciones se limitaron a tocamientos con el pene de Germán, tocamientos que le hizo en su zona vaginal y en la anal, por lo que el estándar de comprobación de las pruebas, al no haberse evidenciado penetración al examen físico, y no haber sido mencionado por la víctima, no permiten estructurar la comisión del acceso carnal, sino que la conducta cometida por García Gualdrón el 7 de diciembre de 2017, fue la de acto sexual con menor de catorce años, agravado.

La única manifestación en este sentido, se escuchó cuando la defensora de familia le preguntó a la niña si alguna vez el tío le había metido el pene en alguna de las partes que se le indicaron (cola, vagina o boca), y respondió: la boca, situación

que escapa de los hechos jurídicamente relevantes acusados, además de que, si partimos del escenario factico ya edificado, y que se tiene por probado hasta este momento, es claro que el 7 de diciembre de 2017 no ocurrió ninguna penetración por vía oral.

En cuanto al concurso homogéneo de actos sexuales por el que fue acusado Germán García Gualdrón, al escuchar el testimonio de la menor víctima, se extracta que refirió que de esos hechos que le ocurrían se daba cuenta su hermana N.K.¹³, pero aquella menor no refirió nada al respecto, y también agregó que de esos repetidos hechos le había contado a su mamá¹⁴; pero ninguna, ni la progenitora, ni la hermana de D.J., refirieron conocer episodio diferente al acontecido después de prender las velitas, por lo que permanece en duda si la niña se estaba refiriendo al mismo 7 de diciembre, cuando su hermana la vio correr y la siguió para preguntarle qué le ocurría, y le dio aviso a la progenitora, quien actuó de inmediato acudiendo a un centro clínico con el propósito de recibir la atención médica y legal necesaria, o si realmente quiso indicar que se trató de otros días.

También llama la atención que la niña hubiese respondido a la defensora de familia, que la única introducción sufrida fuese en la boca, cuando esto nunca fue mencionado por ella a las médicos, ni a las psicólogas, pues según informaron las profesionales, siempre se refirió a las manipulaciones a nivel vaginal y anal, por lo que no existe ningún dato de corroboración acerca del acceso carnal, y fue después de esa pregunta que continuó el interrogante sobre si ocurrió una vez o varias veces, contestando “varias veces”; entonces, a partir de las pruebas, con respecto a la hipótesis relacionada con un concurso homogéneo, sí campea la duda sobre la ocurrencia de este comportamiento ilícito así como el de otros actos sexuales en su contra, puesto que la forma en que le fueron formuladas las preguntas y sus respuestas, no ofrece certeza sobre su ocurrencia, pues la dificultad comunicacional impidió mantener un hilo narrativo lógico que permita concluir la ocurrencia de otros hechos diferentes a los ocurridos el 7 de diciembre de 2017.

Ante esta indeterminación, la condena lo será por la única conducta demostrada, que ocurrió el 7 de diciembre de 2017, referente a un acto sexual abusivo con menor de catorce años agravado, esto último por haberse configurado y demostrado la causal atribuida en la acusación, contenida en el numeral 5° del artículo 211 del C.P., al tratarse de un integrante permanente de su unidad doméstica, y de su núcleo familiar, dado el parentesco con la madre de la menor.

¹³ Audiencia juicio oral 31 de agosto de 2018, 1^h12'32"

¹⁴ Audiencia juicio oral 31 de agosto de 2018, 1^h17'15"

6.4. Cuestión adicional: La atribución jurídica del acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado

Luego de concluir la solución de los argumentos del recurso, se hace necesario abordar una situación dilucidada durante la etapa de juzgamiento, que podría comportar parcialmente la anulación de la actuación, pero que, revisado el expediente, no soporta la necesidad de su estimación; esto es, la inclusión del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años ocurrida en la formulación de la acusación.

Al respecto, es preciso aclarar, como primera medida, que la narración de los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la imputación no pueden ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, debiéndose mantener su núcleo fáctico en la formulación de la acusación y en la sentencia, salvo algunas variaciones propias del carácter progresivo de la actuación¹⁵, por lo que, inexorablemente, el núcleo central de los hechos ha de ser mantenido desde la formulación de imputación hasta la sentencia, y en los casos en que surjan nuevas aristas fácticas que conlleven a la configuración de otras hipótesis delictivas, o impliquen el cambio del núcleo fáctico de la imputación, será necesario adicionar el acto comunicacional, a fin de no sorprender al inculcado¹⁶ con hechos o circunstancias que no fueron advertidas.

También debe indicarse que en este asunto la congruencia fáctica permaneció inalterada, dado que, desde los albores del proceso siempre se atribuyó a Germán García Gualdrón la manipulación a nivel anal y vaginal con su miembro viril de su sobrina de 7 años D.J.A.L., quien el día de los hechos advirtió a su hermana y a su progenitora que él la había violado bajándole el pantalón y metiéndole el palo por la cola, refiriendo que le dolía la vagina. Lo anterior se mantuvo incólume, y la situación que motivó el complemento de la imputación jurídica fue el resultado de una prueba científica que para el momento de la formulación de imputación era imposible conocer, tratándose de los hallazgos de ADN masculino en el área vaginal de la menor, a partir de una muestra tomada a la niña el día de los hechos y que para el momento de la audiencia se encontraba apenas en análisis.

Esto demuestra un claro ejemplo de la variación surgida a partir de la progresividad de la investigación; no obstante, en garantía del derecho de defensa y en atención a que, si bien la congruencia se predica irrestricta entre la acusación y la sentencia, es necesario observar que entre la formulación de imputación y la acusación también ha de permanecer esa congruencia, exceptuando el surgimiento

¹⁵ Cfr. CSJ SP-103-2020, 22 ene. 2020, rad. 55595.

¹⁶ CSP SP 2042 15 junio 2019 Rad 51007, CSP SP 3614 Rad 51689 18 agosto 2021

de nuevos elementos materiales probatorios o evidencia física que, en virtud del principio de progresividad del proceso penal, torne necesaria la ampliación de la imputación jurídica, pues si bien es posible hacerlo en la acusación, en los casos en que los cambios surgidos no sean en favor del procesado, sí se requiere acudir a su adición.

Sin embargo, no procede la invalidación de la actuación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); debiéndose cuestionar que la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no solo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que esta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad)¹⁷; además, de acuerdo al principio de instrumentalidad de las formas, tampoco resulta conveniente la invalidación cuando el acto irregular ha cumplido el propósito para el que está destinado, siempre que no se violen derechos fundamentales.

En este caso, la adición del cargo de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, respecto del cual la defensa, durante la audiencia de acusación no hizo más que resaltar su inconveniencia y solicitar aclaración de los cargos, sin elevar solicitud concreta alguna, propició que durante el juicio se debatiera la materialidad y responsabilidad del acusado por el concurso de actos sexuales con menor de catorce años agravado y también por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.

A partir del discernimiento de las pruebas recolectadas en el juicio oral hecho por esta Corporación, se llegó a la conclusión de que se demostró la ocurrencia del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, más no, el de acceso carnal abusivo, lo cual configura una situación benéfica para el acusado.

En ese orden, la condena considerada en esta instancia recae sobre el hecho jurídicamente relevante concerniente a lo ocurrido el 7 de diciembre de 2017 en horas de la noche, que es el mismo hecho que fue objeto de la consideración modificatoria de la fiscal, pues la variación recayó sobre ese único episodio, manteniendo de todas formas la atribución jurídica por el concurso homogéneo de los actos sexuales endilgados en la primera oportunidad.

¹⁷ AP5291-2022, rad. 59156

Es decir, no existe ninguna afectación o agravación que pueda predicarse a partir del hecho irregular, pues resultaría imposible en este estado de las diligencias pensar en retrotraer la actuación (lo que en todo caso sería más gravoso para el procesado) para que se investigue en proceso separado sobre hechos y cargos que ahora, después de culminado el juicio, se evidenció que no ocurrieron, pues quedó demostrado que el 7 de diciembre de 2017 la acción cometida por García Gualdrón se limitó a tocamientos con el pene en la zona vaginal y anal de la víctima, ya que los hallazgos de ADN masculino no permitieron concluir si quiera que se tratara de semen, ni tampoco pudo cotejarse con el perfil genético del acusado por la baja cantidad de material biológico de la muestra tomada.

Lo anterior pugnaría irremediablemente con la prohibición de investigar y perseguir al implicado más de una vez por los mismos hechos, dado que, como se explicó, son los mismos hechos sobre los que recayó la adición del cargo hecho por la fiscalía.

De otra parte, en lo que respecta a los derechos que le asisten a la menor víctima, también es posible concebir su respeto durante todo el procedimiento, puesto que el yerro permitió que se investigara y juzgara un espectro de mayor afectación posible del episodio abusivo al que fue sometida el día de los hechos, por lo que resulta innecesario exponerla a un segundo procedimiento penal que no tiene vocación de prosperar o de repercutir positivamente en sus prerrogativas como sujeto pasivo de la conducta.

6.5. Dosificación punitiva

La conducta enrostrada a Germán García Gualdrón es la de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravada, definida por los artículos 209 y 211 del C.P. Bajo estos parámetros la conducta tiene unos extremos punitivos que van de entre 9 a 13 años de prisión, aumentados de la tercera parte a la mitad, quedando la pena de 12 a 19 años 06 meses.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 61 del C.P., los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables, se determinan, en primer lugar, estableciendo el ámbito de movilidad, que resulta de restarle a la pena máxima la pena mínima, que en este caso no arroja un resultado de 90 meses, que luego se debe dividir en cuatro, que nos lleva a la cifra de 22 meses 15 días. En segundo lugar, teniendo el ámbito punitivo de movilidad se procede a establecer los cuartos correspondientes.

	CUARTO MÍNIMO	CUARTOS MEDIOS		CUARTO MÁXIMO
Prisión	De 144 a 166 meses 15 días	De 166 meses 15 días	Hasta 211 meses 15 días.	De 211 meses y 15 días a 234 meses

Como en este caso no fueron imputadas circunstancias de mayor punibilidad, el cuarto de movilidad en el que se determinará la pena será el mínimo. Ahora, estima la sala que, atendiendo la naturaleza del punible, al tratarse de un tipo de grave afectación al normal desarrollo de los menores expuestos a este tipo de abusos, pero que en el presente caso no se advierte en mayor medida consecuencias en la psiquis y el desarrollo de la víctima, según se puede apreciar en las valoraciones forenses realizadas en la menor y de lo visto de su comportamiento en el juicio, se deberá imponer una pena de 12 años de prisión.

En igual lapso se impondrá como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

6.5. De los mecanismos sustitutivos de la pena

No hay lugar a abordar el estudio de la aprobación de algún subrogado penal, debido a que el delito por el cual se emite sentencia, por expresa disposición del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 68A del Código Penal, se prohíbe la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, cuando la condena se produzca por un delito de los taxativamente señalados en el inciso segundo de tal precepto, dentro de los cuales se encuentran las conductas contra la libertad, integridad y formación sexual. En consecuencia, el sentenciado deberá purgar la pena impuesta en el establecimiento carcelario que para ello designe el director de prisiones, una vez sobre ejecutoria esta decisión.

En virtud de las anteriores consideraciones, el **Tribunal Superior de Bucaramanga en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Revocar la sentencia objeto de apelación, y en su lugar, condenar a Germán García Gualdrón identificado con la cédula de ciudadanía No. 91156152 de Floridablanca, Santander, como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, a la pena principal de doce (12) años de prisión.

Segundo. Imponer como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual a la pena principal.

Tercero. Negar al sentenciado la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

Por lo anterior, en firme la decisión, líbrese la correspondiente orden de captura por parte del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio, así como las comunicaciones necesarias a los demás de acuerdo con lo normado con el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal.

Cuarto. En firme la presente determinación, remitir copia de la misma a las autoridades respectivas y la ficha técnica de la sentencia al Señor Juez de Ejecución de Penas (reparto) para la vigilancia de la misma, todo ello a través del Centro de Servicios Judiciales- SPA.

Quinto. Advertir que contra la presente sentencia procede la impugnación especial por parte del acusado y su defensa técnica, así como el recurso extraordinario de casación para los demás sujetos procesales e intervinientes, en los términos que prevén los artículos 180 ss. de la Ley 906 de 2004 y atendida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.¹⁸

Notifíquese y cúmplase,
Los Magistrados,


Jairo Mauricio Carvajal Beltrán

- **PERMISO** -
Juan Carlos Diettes Luna


Harold Manuel Garzón Peña

¹⁸ Véase el auto del 3 de abril de 2019, radicación 54215, M.P. EYDER PATIÑO CABRERA, CSJ, en el sentido que “el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.



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>68432-61-08-608-2014-80172-02 (CI 498)</i>
<i>Asunto</i>	<i>Apelación sentencia condenatoria – Proceso ordinario</i>
<i>Procedencia</i>	<i>Juzgado Promiscuo del Circuito de Málaga</i>
<i>Procesado</i>	<i>Javier Rigaud</i>
<i>Delito</i>	<i>Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo</i>
<i>Decisión</i>	<i>Confirmar</i>
<i>Fecha de registro</i>	<i>5 de septiembre de 2023</i>
<i>Fecha de aprobación</i>	<i>6 de septiembre de 2023</i>
<i>Acta de aprobación No.</i>	<i>871</i>

Bucaramanga (Santander), seis (6) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

MATERIA DE ESTUDIO

El recurso de apelación interpuesto y sustentado por el titular de la defensa técnica contra la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2019, mediante la cual, el Juez Promiscuo del Circuito de Málaga condenó a JAVIER RIGAUD como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

ANTECEDENTES

a) Hechos jurídicamente relevantes.

Fueron reseñados en la sentencia de primera instancia como sigue:

“El 28 de julio de 2014 la señora ESTRELLA SANDOVAL PEÑALOZA denunció al señor JAVIER RIGAUD con fundamento en un relato que le hiciera su menor hija LDSS, quien para esa época contaba con 14 años de edad, en cuanto que el señor JAVIER RIGAUD había abusado de ella cuando tenía 11 años, y que le dijo que no contara porque se metía en un problema y todos se burlarían de ella. A la menor se le practicó valoración psicológica por parte del ICBF, ratificando lo ocurrido, argumentando que antes de accederla le realizó tocamientos en sus partes íntimas. Ante el profesional forense, el 16 de agosto de 2014, la menor sostuvo que los hechos acaecieron 3 años atrás que un señor la violó y se llama JAVIER RIGAUD”.



b) Actuación procesal.

El 22 de enero de 2015, en audiencia preliminar celebrada ante el Juez Promiscuo Municipal de San José de Miranda con función de control de garantías, luego de declarar ajustado al ordenamiento jurídico el procedimiento de captura de JAVIER RIGAUD, previa orden judicial, la fiscalía le formuló imputación, endilgándole cargos como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, según lo previsto en el artículo 208 del Código Penal.

Radicado el escrito de acusación, correspondió por reparto al Juzgado Promiscuo del Circuito de Málaga, cuyo titular adelantó la audiencia de formulación de acusación el 6 de mayo siguiente.

La audiencia preparatoria se surtió el 19 de agosto posterior. El juicio oral se adelantó en sesiones del 25 de noviembre del mismo año, 8 de junio, 18 de julio de 2016, 12 de octubre de 2017, 30 de mayo de 2018, 11 de julio de 2019, cuando se anunció el sentido condenatorio del fallo y se corrió el traslado de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

El 11 de septiembre de 2019 se dio lectura a la sentencia. Contra esa providencia, el titular de la defensa técnica interpuso el recurso de apelación que concita la atención de la Sala.

c) Sentencia de primera instancia.

En sustento de la decisión condenatoria, el juez de primera instancia adujo:

- El testimonio de L... D... S... S... es creíble, pues la menor fue clara y no exhibió interés en causar daño al procesado. Además, fue consistente en sus distintas declaraciones y su dicho encuentra soporte en las conclusiones



técnicas expuestas por los peritos ALBA ROCÍO MENESES LIZCANO y TERESA PÉREZ OSORIO. Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el testimonio de la víctima de un delito sexual tiene una importancia medular, porque sobre su cuerpo se ha cometido el delito y se trata de conductas que se cometen en entornos privados, ajenos a la vista pública.

- ALBA ROCÍO MENESES LIZCANO dijo haber observado a la menor triste, ansiosa en situaciones de verbalización y narración de los hechos sexuales presuntamente vividos, lo que le ha generado ideas suicidas. A su turno, el doctor SERGIO ORTIZ ALFARO adujo haber encontrado en la valoración física himen festoneado con desgarramiento antiguo, lo que permite corroborar el acaecimiento de una penetración genital.
- Se contó con testigos expertos que entrevistaron profesionalmente a la menor y desde su técnica concluyen que el relato aportado por la niña es congruente, coherente y consistente, sin lugar a dudas sobre su veracidad.
- La propia impúber indicó que, luego de los hechos, su vida ha cambiado, teniendo estados depresivos y de tristeza, lo que hace que se aísle encerrándose en su mundo familiar, rememorando constantemente los momentos en que fue abusada.
- En cambio, los testigos de descargo *“se concentraron en la subjetividad de la reciprocidad de cada testigo con el acusado así como en tratar de inmiscuirse en la vida íntima de la menor y no sobre los hechos que eran materia de litigio”*.

Al momento de dosificar la sanción, partió de la pena prevista para el delito en el artículo 208 del Código Penal, es decir, de 144 a 240 meses de prisión. A partir de ello, luego de establecer los cuartos de movilidad, se ubicó en el primero comprendido entre 144 y 168 meses. Acto seguido, no encontró razones para apartarse del monto mínimo, fijando la pena definitiva en 144 meses.



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 pena impuesta, la sanción mínima fijada en la ley penal y la prohibición contemplada en el artículo 68A del C. P.

d) Razones de la impugnación.

Inconforme con la decisión, en primera medida, el defensor solicitó la nulidad de lo actuado a partir del sentido del fallo, inclusive, con sustento en que el juzgador lo anunció inmediatamente después de escucharse las alegaciones conclusivas, sin decretar un receso previo, por lo que no se refirió a los argumentos allí presentados por la defensa, desconociendo lo ordenado por los artículos 445 y 446 del C. de P. P.

En subsidio, reclamó la revocatoria de la decisión de primera instancia y la consecuente absolución de su prohijado con fundamento en que:

- El juzgador se equivoca al considerar suficiente el testimonio de la víctima y la pericia psicológica practicada por ALBA ROCÍO MENESES LIZCANO, pues *“en la jurisprudencia colombiana no se acepta el testimonio como prueba principal UNICA”*, de manera que debe acompañarse de otros elementos de corroboración. Además, los niños pueden mentir.
- Contrario a lo dicho por la madre de la niña, los docentes BEYANA LÓPEZ CRISPÍN, MARINA ALBA MANRIQUE, LUIS FERNANDO MALAVER MORENO y TILCIA SUÁREZ GONZÁLEZ refirieron que la pequeña tuvo un desempeño escolar constantemente bajo y que no advirtieron cambios comportamentales. Además, los dos últimos aseguraron que la menor se mostraba siempre alegre, en tanto que el profesor MALAVER MORENO



dijo no haber notado en el acusado actitudes morbosas o sugestivas hacia los niños.

- Ante el médico que practicó la valoración sexológica, la infante no dijo haber recibido amenazas por parte del acusado. El galeno también indicó que no puede determinarse cuántas veces fue penetrada la menor y que solo puede tenerse certeza del desgarró genital, pero no frente a los hechos materia de investigación.
- La niña entregó, dentro y fuera del juicio oral, versiones contradictorias sobre la forma en la que ocurrieron los hechos y el número de ocasiones en las que se produjeron.
- El docente JULIO ENRIQUE SUÁREZ ANGARITA confirmó que la menor de edad no presentó cambios comportamentales y era una estudiante con bajo rendimiento. Además, que al ser el propietario de la vivienda en la que vivía el procesado, donde tenía algunos cultivos, acudía al lugar diariamente, habiendo visto en múltiples ocasiones a L... D... S... S..., llegando al lugar sin mostrar rechazo hacia JAVIER.
- LEIDY CAROLINA PACHECO DÍAZ señaló que, entre la familia de la víctima y la del procesado, había una buena relación. Así mismo, que nunca notó depresión o aislamiento en la niña y que esta tenía una relación de amistad con las hijas del procesado. Igualmente, que tenía la percepción de existir existía una relación extramatrimonial entre el enjuiciado y la madre de la víctima, pues los vio encontrarse varias veces.
- Esa relación extramarital se produjo entre uno y dos años después de la supuesta ocurrencia de los hechos.
- Con el video y las fotografías incorporadas a través de RAMIRO URIBE ARCINIEGAS se probó que en la vivienda del encartado se halla el cultivo



referido por JULIO ENRIQUE SUÁREZ ANGARITA. También que, entre esa vivienda y la de la víctima, hay una cerca que impide el tránsito entre inmuebles.

- Todo lo anterior, sumado al hecho que la abuela de la niña no hubiera querido rendir testimonio, permite concluir que *“es imposible que hubiese existido la agresión sexual que la menor”*.

e) Intervención de los no recurrentes.

Guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

a) Competencia.

Según lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la defensora contra la sentencia de primera instancia, la cual fue proferida por un juez penal del circuito perteneciente a este distrito judicial.

b) Problema jurídico a resolver.

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

¿Se incurrió en una irregularidad sustancial que amerite la invalidación de lo actuado por no haberse decretado un receso para anunciar el sentido del fallo, luego de presentados los alegatos de conclusión?

Como la respuesta será negativa, deberá determinarse si



¿Se probó, más allá de toda duda razonable, que JAVIER RIGAUD incurrió en el delito de actos sexuales con menor de catorce años cometido en concurso homogéneo?

d) **Caso concreto.**

Sobre la nulidad, el derecho a un debido proceso, el receso para anunciar el sentido del fallo y el deber de responder los asuntos planteados en las alegaciones conclusivas.

Para empezar, debe indicarse que, según el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso.

Sobre el alcance de ese derecho fundamental, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

“Comprende aquél conjunto de garantías sustanciales a través de las cuales se procura la protección de quien se ve incurso en una actuación judicial o administrativa con miras a que le sean respetados sus derechos, la autoridad respectiva está compelida a observar en su desarrollo el procedimiento previamente indicado en la ley en salvaguarda de la legalidad como límite al ejercicio del poder público que en el campo penal constituye una cortapisa al propio *ius puniendi*, debiendo por ende adelantarse con sujeción y apego a las formas propias de cada juicio”.¹

Y cuando se presenta una vulneración del proceso debido de naturaleza sustancial o relevante, se abre paso la nulidad como herramienta para corregir tales irregularidades y reconducir la actuación por las vías de la estricta legalidad, garantizando la validez del procedimiento. Sin embargo, para acudir a tal remedio es necesario que se cumplan determinados presupuestos o principios, pues se trata de una medida extrema que sólo puede implementarse como última opción.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de marzo de 2018 (SP747-2018). Rad. 44.995. MP Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.



Así, es bien sabido que las nulidades se rigen por los principios de *taxatividad*, según el cual, sólo es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley; el de *protección*, el cual comporta que no podrá invocarse el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar al motivo invalidatorio, salvo lo referente a la ausencia de defensa técnica; el de *convalidación*, el cual presupone que, aun cuando se configure la irregularidad, ésta se puede subsanar con el consentimiento expreso o tácito del sujeto procesal perjudicado, siempre que se respeten las garantías fundamentales; el de *trascendencia*, el cual se traduce en que, quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento; y el de *residualidad*, el cual impone que, para corregir el yerro, no debe existir otro remedio procesal.

Por supuesto, como el debido proceso en materia penal tiene una insoslayable relación con las normas preexistentes que regulan la forma en que debe ser investigado y juzgado un asunto, para que se le pueda considerar vulnerado, el funcionario judicial debe haber desconocido, por medio de sus actuaciones u omisiones las reglas, procedimientos, principios o prerrogativas fijadas por el legislador.

Entonces, necesario es referir que el artículo 445 del C. de P. P. advierte: “Una vez presentados los alegatos, el juez declarará que el debate ha terminado y, **de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para anunciar el sentido del fallo**”.

Por su parte, el artículo 446 del mismo cuerpo normativo indica: “La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, **y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales**. El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del



receso previsto en el artículo anterior, y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable o inocente”.

Sobre el asunto, que guarda estrecha relación con el deber de motivar las providencias judiciales, la Corte Suprema de Justicia ha clarificado que una motivación deficiente:

«(...) tiene lugar cuando el juzgador explica de modo insuficiente las razones fácticas o jurídicas que sustentan su decisión². Igualmente, ha establecido que en virtud del principio de motivación, al juez³:

«No le corresponde atender puntualmente todos y cada uno de los alegatos que los sujetos procesales puedan efectuarle, sino tan sólo explicar desde un punto de vista racional la decisión proferida respecto de los aspectos objeto de debate, mediante la inclusión de argumentos fácticos y jurídicos deducidos del material probatorio que figura en la actuación.»⁴

En línea con ello, tiene precisado esa misma Corporación que:

“...si la sentencia optó en su redacción formal por tratar de manera genérica los temas, sin discriminar respuesta para cada alegación, o incluso si ella olvidó resumir lo argumentado por uno de los impugnantes, pero en su fondo examinó la discusión central planteada, de ninguna manera es posible derivar afectación a los derechos arriba citados [principios de doble instancia y contradicción o derecho de defensa], en tanto, el asunto fue debatido y respondido”⁵

Dicho ello, en el asunto bajo examen es cierto que el juzgador anunció el sentido del fallo inmediatamente después de terminadas las intervenciones conclusivas. Sin embargo, como se vio, la norma faculta al juez a decretar un receso con esa finalidad, “*de ser necesario*”, lo cual significa que no se trata de un mandato ineludible, sino de una potestad del director del proceso en quien radica la posibilidad de evaluar la necesidad, o no, de ordenar una pausa para anunciar el sentido del fallo, de manera que el no haber dispuesto un receso en el asunto concreto no constituye irregularidad alguna.

² «Cfr. CSJ. AP. de 28 de febrero de 2018, Rad. 52006».

³ «Cfr. CSJ. AP. de 28 de octubre de 2016, Rad. 44124».

⁴ CSJ SP, 2 oct. 2019, rad. 53.936.

⁵ CSJ AP, 9 jul. 2014, rad. 43.557.



Por otra parte, en el caso concreto se sabe que, en líneas generales, al alegar en cierre del juicio el defensor argumentó lo siguiente: i) no es cierto que la menor haya disminuido su rendimiento escolar, pues siempre fue bajo y no tenía depresión ni rechazo hacia los hombres, ii) hubo contradicciones en lo dicho por la niña, iii) es posible que haya existido una relación entre la madre de la víctima y el procesado y iv) es imposible que el acusado asediara a la menor por la parte trasera de su casa. Con todo ello, pidió analizar las pruebas en conjunto, sosteniendo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado en la necesidad de no fundar la condena de forma exclusiva en el testimonio de los menores de edad víctimas de delitos sexuales.

A su turno, al momento de dictar el fallo, el juez de primera instancia señaló, en resumidas cuentas, que el testimonio de la infante es creíble por su claridad, falta de ánimo de perjudicar al enjuiciado y su corroboración por otros medios de prueba, como lo fueron las declaraciones de las expertas ALBA ROCÍO MENESES LIZCANO y TERESA PÉREZ OSORIO, al tiempo que consideró no creíbles los dichos de los testigos de descargo, al estimar que no trataron los hechos materia de juzgamiento, sino asuntos que solo conciernen a la intimidad de la afectada, haciendo énfasis en la necesidad de dar un mayor valor suasorio al testimonio de la niña, por haber sido quien soportó directamente el comportamiento ilícito sobre su cuerpo y por tratarse de una conducta que suele cometerse a puerta cerrada.

Ahora, recuérdese que, como se explicó en líneas precedentes, al juzgador no le corresponde atender de manera puntual, individual y pormenorizada cada uno de los alegatos de las partes, pues basta con que explique, desde un punto de vista racional, la decisión proferida respecto de los aspectos objeto de debate, mediante la inclusión de argumentos fácticos y jurídicos deducidos del material probatorio que figura en la actuación.



De esa manera, para la Sala es claro que, si bien el juzgador no abordó uno por uno los planteamientos conclusivos del defensor, lo cierto es que explicó racionalmente la decisión, señalando las razones por las cuales el testimonio de la víctima, al parecerle claro y consistente con otros medios de prueba, resultaba suficiente para dictar sentencia condenatoria, habida cuenta que las pruebas de descargo no desvirtuaban para él la materialidad de la conducta, ni la responsabilidad del encartado.

Cuestión distinta es que esas conclusiones, como lo sostiene el recurrente, puedan o no ser equivocadas, asunto que será abordado en el siguiente acápite, sin que se advierta entonces un actuar inválido por parte del juez de primera instancia y mucho menos uno que amerite anular el trámite.

La cuestión de fondo.

Sobre la regulación legal y jurisprudencial de la prueba de referencia.

Con miras a resolver el problema jurídico planteado, lo primero es indicar que el proceso penal es, en esencia, el escenario reglado en el cual un juez puede determinar si en un caso concreto se cometió una conducta punible, si ella es atribuible al procesado y de ser ello así, cuál debe ser su consecuencia jurídica.

Para tal fin, el juzgador debe valerse de las pruebas legalmente incorporadas a la actuación, cuyo propósito es, precisamente, llevar a su conocimiento los hechos y circunstancias materia de juzgamiento y los de la responsabilidad penal del acusado (art. 372 del estatuto penal adjetivo).

Ahora, para proferir sentencia condenatoria, es necesario que, por intermedio de esas pruebas debidamente practicadas e integradas al proceso, el funcionario judicial haya logrado un conocimiento, más allá de toda duda



razonable, acerca de la materialidad de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado (art. 381 *idem*).

En tal ejercicio epistemológico, además, por regla general, el juez sólo puede tener en cuenta las pruebas practicadas y controvertidas en su presencia (art. 379). Así, toda declaración realizada por fuera del juicio oral, por cuyo intermedio las partes pretendan probar un hecho jurídicamente relevante, se considera prueba de referencia (art. 437) y cuando es admisible, tiene asignado un menor valor suasorio, traducido en que, por sí misma, no es suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria (inciso 2º del art. 381).

La poca confiabilidad de la prueba de referencia se deriva de la afectación que produce en el derecho de confrontación, teniendo en cuenta que la parte contra la que se aduce no tiene la posibilidad de formularle al declarante preguntas tendientes a cuestionar su credibilidad y refutar sus afirmaciones. Es por ello que la prueba de referencia es admisible sólo de forma excepcional respecto de los casos que contempla expresamente la regla procesal 438, según la cual:

“Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.
- e) **Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal**, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código”.

Las declaraciones fuera de audiencia de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y su incorporación en juicio oral como prueba de referencia.



De acuerdo con el último literal de la referida norma, las entrevistas rendidas por los menores que han sido víctimas de delitos sexuales son excepcionalmente admisibles como prueba de referencia. Ello, por supuesto, no significa que el juez pueda permitir su incorporación y valorarlas como cualquier otro elemento de convicción, pues tal clase de prueba obliga al necesario balance que debe procurarse entre los derechos de los niños víctimas de tales conductas y las garantías procesales del acusado.

De manera que, por regla general, si el agraviado acude a juicio no es posible aducir sus declaraciones anteriores como prueba de referencia y ello solo será procedente si, a pesar de presentarse al debate probatorio y atestar, en realidad, su disponibilidad resultó relativa en la medida en que no se encontraba en plenas condiciones para rendir el testimonio. Así, por ejemplo:

“... es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones”⁶.

Pero, además, la incorporación y valoración de una declaración anterior como prueba de referencia supone que la parte interesada haya solicitado su aducción en el escenario procesal correspondiente, esto es, la audiencia preparatoria si desde allí conocía las razones que permitían su admisión excepcional o el juicio oral si los motivos sobrevienen durante el debate probatorio.

En consecuencia, en los casos de delitos sexuales cometidos respecto de niños, niñas y adolescentes, corresponde al fiscal valorar la situación de la víctima y decidir cómo llevará al juez el conocimiento de los hechos que considera constitutivos de una conducta punible con miras a probar su teoría del caso sin

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de julio de 2018 (SP2709-2018). Rad. 50.637. MP Dra. Patricia Salazar Cuellar



dar al traste con los derechos del acusado. Para ello, deberá descubrir las entrevistas y declaraciones rendidas por el afectado y si, desde la audiencia preparatoria, anticipa que su testigo solo estará disponible de manera relativa por presentarse cualquiera de las situaciones ya referidas, solicitar en ese momento su admisión excepcional como pruebas de referencia.

De otra parte, si en el juicio oral es que la víctima brinda señales de no encontrarse plenamente disponible para declarar, será allí el momento para solicitar la admisión de la prueba de referencia, cumpliendo las respectivas cargas argumentativas, de manera que la defensa pueda ejercer la contradicción sobre las exigencias para tal decreto y el juez cuente con los elementos necesarios para decidir el asunto, emitiendo un pronunciamiento expreso sobre la solicitud probatoria⁷.

Al respecto, desde hace varios años la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que:

“... para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia (...) (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) **en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia**, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) **se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia** (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente”⁸.

La situación concreta del procesado.

Con tal panorama normativo de presente, lo primero es indicar que, en el caso concreto, las declaraciones anteriores realizadas por la entonces niña L... D...

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2020 (SP934-2020). Rad. 50.045. MP Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁸ Op. Cit. Ut supra. Nota 1, entre muchas otras.



S... S... no adquirieron la calidad de prueba de referencia. Ello es así porque las partes no agotaron el procedimiento necesario y atrás descrito para tal fin, ni requirieron su aducción en tal condición o bajo alguna de las causales contenidas en el referido artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo, al estudiar lo ocurrido en el juicio oral, se tiene que la menor de edad asistió al juicio oral para atestar, con plena disponibilidad de someterse al examen cruzado, como en efecto ocurrió. De ello concluye la Sala que las mentadas declaraciones realizadas por la niña por fuera de audiencia no pueden ser valoradas al no haber adquirido la calidad de pruebas válidamente aportadas al contradictorio, con mayor razón si tampoco fueron empleadas con fines de impugnar credibilidad, según el procedimiento establecido para ello.

Así lo predicó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto AP1081-2023 (Rad. 61.870):

“La inconformidad del recurrente se origina en la exclusión de las declaraciones previas de la menor, incluidas en la anamnesis o aparte correspondiente de los respectivos informes, ya que él pretendía sacar partido de eventuales contradicciones entre lo dicho por la menor en el juicio oral y lo afirmado por ella en relatos anteriores a éste, efectuados a investigadora del C.T.I., médico legista, psicólogos, trabajadora social, etc. Sin embargo, lo cierto es que frente a estos últimos la Corte ha decantado que si no fueron solicitados como prueba de referencia (con la carga argumentativa que ello implica, debido a que se va a privar a la contraparte del derecho a la confrontación), los informes base de opinión pericial o de otro tipo no pueden ser empleados para introducir subrepticamente al proceso esa información.”

Por consiguiente, la colegiatura procederá a determinar si las pruebas debidamente incorporadas a la actuación -es decir, haciendo sustracción de las manifestaciones anteriores de L... D... S... S..., llevadas a juicio por otros testigos como prueba de referencia inválida-, permiten llegar al nivel de conocimiento necesario para sostener la sentencia condenatoria, lo que, dicho sea de paso, exime a la Sala de analizar las supuestas contradicciones que,



según el apelante, existen entre lo narrado por la menor de edad dentro y fuera del juicio oral.

Pues bien, como se reseñó, el recurrente sostiene que el testimonio de la víctima no es suficiente para dar por acreditado el hecho punible y la responsabilidad del procesado porque “en la jurisprudencia colombiana no se acepta el testimonio como prueba principal UNICA” y porque los niños pueden mentir. La primera es una premisa falsa, en tanto que la segunda no pasa de ser una afirmación abstracta sin concreción alguna en el asunto bajo estudio, como se verá más adelante.

Sobre la primera aseveración, impera aclarar que, no es cierto que la jurisprudencia no acepte el testimonio como única prueba. De hecho, el principio de libertad probatoria rige el sistema penal acusatorio colombiano e implica que la parte puede probar un hecho con el medio suasorio que escoja para tal fin, sin que sea necesario acudir a múltiples elementos de convicción, al punto que, desde hace varios años, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que la vieja máxima “*testis unus, testis nullus*” no tiene cabida en el ordenamiento jurídico penal nacional, de manera que es posible y válido erigir la condena sobre un único testimonio, cuando este es creíble⁹.

Así, es posible emitir una sentencia condenatoria con exclusivo sustento en una prueba testimonial, siempre y cuando sea suficiente para que el juzgador sepa, sin asomo de dudas razonables, qué ocurrió y quién es el responsable. No se trata entonces de la cantidad de medios de prueba, sino de su calidad o valor probatorio, el cual, en el caso de la prueba testimonial, debe establecerse a partir de los criterios de valoración contemplados en el artículo 404 del C. de P.P.

⁹ Recientemente reiterado en CSJ SP, 15 abr. 2020, rad. 49.672.



En el caso concreto, según se verá, no solo se cuenta con un testimonio suficiente para tener por probada la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado, como es el de la menor víctima, sino que esa prueba tiene respaldo en otros medios.

La niña L... D... S... S... acudió a juicio oral y allí dijo que JAVIER abusó de ella "*varias veces*". Contó que esto ocurría cuando el hombre iba a su casa a buscar el módem de internet que su madre alquilaba y aunque no recordó la fecha exacta de esos eventos, sí pudo precisar que sucedieron "*en época de cuando estaba en campaña de alcaldía*", en el 2011, para cuando ella tenía 11 años y se encontraba cursando 6° grado.

Del acto concreto, explicó que el abuso se dio primero en la sala y luego en la habitación de su abuela, que ella, cuando sucedía, estaba sola en la vivienda y que JAVIER le tocó los senos y la vagina con las manos y la lengua. También indicó que "*me tocó, me manoseó, introdujo el pene en mi vagina*", luego de lo cual le dijo "*que no fuera a contar nada a nadie*".

De esa manera, aunque brevemente, la niña indicó con plena claridad en qué consistieron los hechos ejecutados en su contra, dónde fueron cometidos, cuál fue el periodo aproximado de su ocurrencia y quién fue el autor de tales actos, así como lo que este le dijo para evitar que informara lo sucedido a otras personas.

Ese dicho, que la Sala encuentra coherente, claro y libre de elementos que permitan suponer una fabricación artificiosa, tiene soporte en la declaración de la denunciante y madre de la ofendida, ESTRELLA SANDOVAL PEÑALOZA, quien confirmó que para la época de los hechos residían en el mismo corregimiento del procesado, a pocos metros de la vivienda de él, que ella tenía en ese entonces un módem de internet que le alquilaba y que en algunas ocasiones la menor se quedaba sola en casa. También, que la niña le contó entre



lágrimas lo ocurrido en el 2014 y luego de ello empezó a cambiar su comportamiento, así como bajó su rendimiento académico.

Así mismo, como posible huella física del acceso, el médico del I. N. M. L. CÉSAR AUGUSTO BECERRA CORREA, encontró en la menor *“himen festoneado y desgarro antiguo descripción de desgarros y himeneales desgarro himeneal que compromete hasta el sitio de la implantación de borde cicatrizados, ubicado a la una de acuerdo a los meridianos”*.

Y como respaldo emocional del relato, la psicóloga del I. C. B. F. ALBA ROCÍO MENESES LIZCANO, dijo que *“en algunos momentos cuando se refería a los presuntos hechos, había situaciones de tristeza, las cuales manifestaba a través del llanto”*. Agrego que *“en el momento de la valoración se observa triste, ansiosa en situaciones de verbalización y narración de los hechos sexuales presuntamente vividos”*. Mientras que la psiquiatra adscrita al I. N. M. L., TERESA PÉREZ OSORIO, señaló que *“en el relato de los hechos le daba vergüenza, hubo un momento que se tapó la cara, sintió mucha ansiedad”*, como también que *“al examen mental, se halló signos y síntomas de un trastorno depresivo recurrente y un estrés postraumático”*, muestras emocionales espontáneas indicativas de que los hechos narrados por la víctima corresponden a la realidad, pues su recuerdo genera reacciones psicológicas que se manifiestan en los cambios de su estado de ánimo evidenciadas por la madre y las citadas profesionales de la salud.

Ahora bien, el coherente relato de la menor fue objeto de ataques por parte de la defensa sobre la base de un aparente motivo de interés de la madre de la niña en perjudicar al procesado, propuesta que no pasó de la simple afirmación, según la cual, al parecer, entre este y la denunciante existió alguna relación amorosa, como lo afirmó LEIDY CAROLINA PACHECO DÍAZ, quien indicó en juicio que los vio muchas veces encontrarse frente a la bodega donde trabajaba JAVIER, además de haber presenciado que un día *“hubo un manoseo entre ellos dos”*, relación de la cual quiso dar fe DAYANA RIGAUD RAVELO,



hija del procesado, quien dijo haber visto un día que estrella tenía *“agarrado de la mano”* a su papá.

Sin embargo, aunque tales aseveraciones fueran suficientes para dar por acreditada la existencia de una relación sentimental, que no lo son, lo cierto es que, de ese hecho aislado, no se desprende un evidente interés de afectar al encartado fabricando un abuso sexual, aleccionando a su hija para mentir ante distintas autoridades. De hecho, ningún testigo refirió siquiera un conflicto entre el acusado y la denunciante ya fuera por razones sentimentales o por cualquier otro motivo, de manera que esa supuesta relación ninguna incidencia tiene sobre la credibilidad del testimonio de la víctima.

De igual manera, la defensa encaminó el grueso de sus esfuerzos probatorios a descartar que la niña hubiera tenido cambios comportamentales o mostrado rechazo a los hombres e incluso en demostrar que su rendimiento académico siempre fue bajo, sugiriendo con ello que no existió en verdad un evento que provocara en ella una variación de su forma de ser en público, ni de su desempeño en el colegio. Empero, sucede que ese razonamiento parte de la errada base de que un ataque sexual tendrá siempre esa clase de repercusiones en la víctima, lo que, además de no haber sido acreditado por medio de prueba alguno, no es así considerado por la Sala.

Ciertamente, son muchas y muy variadas las formas en las que una víctima de violencia sexual puede reaccionar al evento traumático, dentro de las cuales efectivamente la experiencia suele mostrar un rechazo a las personas del género masculino, la depresión, entre otras; no obstante, dado que su ocurrencia no se produce siempre, ni de una misma manera, no pueden ser calificadas como reglas de la ciencia, ni concluirse que, ante la ausencia de tales muestras emocionales, el abuso sexual no tuvo lugar.



Así, aunque MARÍA LUISA ROA PRIETO, madre comunitaria, JERIS DANIELA MANRIQUE LÓPEZ, compañera de colegio de la víctima, los docentes LUIS FERNANDO MALAVER, BEYANA LÓPEZ CRISPÍN, MARINA ALBA MANRIQUE MANCHADO, TILSIA SUÁREZ GONZÁLEZ y el rector JULIO ENRIQUE SUÁREZ ANGARITA hayan expresado que la impúber tenía un comportamiento “normal” y un bajo rendimiento académico, esa sola afirmación no basta para concluir que los episodios de violencia sexual que L... D... S... S... refirió de forma circunstanciada no ocurrieron.

Además, aunque algunos testigos como JULIO ENRIQUE SUÁREZ ANGARITA, CONSUELO RAVELO CADENA y DAYANA RIGAUD RAVELO, esposa e hija del procesado, respectivamente, adujeran que la menor no mostraba rechazo hacia JAVIER, lo cierto es que ningún testigo precisó el momento en que los vio juntos y en aparente normalidad, por lo que pudo haber sido antes de que ocurrieran los abusos referidos por la menor, los cuales, excusada la reiteración, no encuentran para la Sala una explicación distinta a la verdadera ocurrencia de los hechos, habida cuenta de la falta de evidencia sobre un verdadero motivo para mentir en contra de JAVIER, máxime cuando, de acuerdo con LEIDY CAROLINA PACHECO DÍAZ y las familiares del encartado, entre la familia de la víctima y la de aquel había una buena relación.

Esto último guarda relación con la aseveración del apelante en cuanto a que los menores pueden mentir, pues si bien ello es cierto, la defensa no logró acreditar en manera alguna por qué razón L... D... S... S... mentiría para perjudicar a JAVIER y por el contrario, como se vio, el dicho de la pequeña encuentra soporte en el respaldo emocional evidenciado por varios testigos y la corroboración de que el enjuiciado acudía a la casa de la víctima en donde esta, ocasionalmente, se encontraba sola, a propósito de lo cual, dicho sea de paso, ninguna relevancia tiene el que se probara que no había un acceso directo entre la casa de la ofendida y la de JAVIER, pues ella no refirió que el hombre hubiera



accedido al lugar de manera furtiva y, más bien, explicó que acudía al lugar bajo la excusa de alquilar un módem de internet de propiedad de su madre.

En este punto, recuérdese que, como lo ha señalado en repetidas oportunidades la Corte Suprema de Justicia:

“(…) lo dicho por las víctimas no puede observarse como la simple contraposición a la versión que ofrece el victimario para exigirles más evidencias que sus afirmaciones si las mismas se adhieren a las circunstancias propias del medio y las condiciones en que éstas se desenvuelven, más, cuando el agresor genera o aprovecha ambientes de soledad en los que la ofendida difícilmente puede oponerse.

Es por esto que, el testimonio de la víctima, cuando supera las reglas de la sana crítica, cobra especial importancia, más, cuando en la mayoría de casos, es sobre su propio cuerpo donde se ejecutan los actos libidinosos del invasor y no quedan huellas materiales del atentado sexual, como es el caso en estudio.

En tal sentido ha señalado la Corte:

El testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Obviamente, en los eventos en que quedan rastros físicos, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para verificar la comisión del delito e incluso la responsabilidad, si se obtuvieron muestras biológicas del agresor.

Pero en los casos en los que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la corroboración periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada. En tal sentido, la Sala ha señalado:

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...).

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el



cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros (SP1525-2016).”¹⁰

Nótese entonces que aquellas pautas de corroboración periférica son apenas ejemplos de ciertos datos que permitirían confirmar el relato de la víctima, sin que se trate de una lista exhaustiva y mucho menos taxativa, por lo que el confirmar o descartar que alguna de ellas circunstancias está presente en el caso concreto no es suficiente para tener por acreditado o no el hecho punible pues ello, más bien, descansa esencialmente en el testimonio de la víctima valorado bajo el tamiz de la sana crítica.

Por consiguiente, se reitera, por ser creíble el testimonio de la víctima, encontrar que este es corroborado en algunos de sus elementos esenciales por otros deponentes y que además en la niña se percibieron señales de respaldo emocional de su dicho, sin que se aportaran pruebas que explicaran de manera razonable por cuál razón aquella podría apartarse de la verdad, la corporación concuerda con el juez de primera instancia al considerar probado, más allá de toda duda razonable, que JAVIER RIGAUD accedió carnalmente a la menor L... D... S... S... a sus 11 años de edad.

Así las cosas, al no encontrar razón en los reparos del recurrente, la Sala confirmará la decisión impugnada en todo lo que fue objeto de concreta apelación.

¹⁰ CSJ SP, 11 mar. 2020, rad. 56.997.



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.- NEGAR LA NULIDAD deprecada por el recurrente.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la providencia apelada en todo lo que fue objeto de concreta impugnación.

Contra lo resuelto 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

EN COMISIÓN

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente:

Jairo Mauricio Carvajal Beltrán

Rad. 68432-6105-985-2017-00012-01

Registro proyecto: 20 de septiembre de 2023

Aprobado Acta No. 931

Bucaramanga, veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

1. Asunto

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Seccional de Málaga contra la sentencia proferida el 30 de julio de 2020 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Málaga, mediante la cual absolvió a Jorge Alberto Escobar Tovar por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.

2. Hechos

El 7 de octubre de 2017, Deicy Rodríguez Ávila concedió permiso a su menor hija D.F.B.R., para que asistiera a una fiesta; la adolescente salió de casa alrededor de las 9:30 p.m., pero al ver que no regresaba y ya eran las 5:30 a.m. se apresuró a buscarla sin éxito. En la búsqueda conversó con varias personas que dijeron haberla visto la noche anterior y le indicaron los lugares en que probablemente podría hallarla, habiendo obtenido información que su hija estuvo departiendo con un joven de 19 años, de nombre Diego Rodríguez, lo cual le hizo pensar que aquel pudo haberla accedido carnalmente; por eso, cuando encontró a D.F. al regresar a su hogar, acudió ante la SIJIN con el fin que fuese examinada para determinar si había ocurrido el delito.

En las labores investigativas que se iniciaron con esa noticia criminal, la menor D.F.B.R. terminó contando a las autoridades que su padrastro Jorge Alberto Escobar Tovar la había accedido varias veces por vía vaginal cuando tenía 13 años, mientras la madre no estaba en la vivienda.

3. Antecedentes procesales

3.1. El 24 de noviembre de 2018¹, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de San José de Miranda, se legalizó la captura de Jorge Alberto Escobar Tovar. Luego de esto, se le formuló imputación como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado -art. 208, 211 num. 2° y 5° del C.P.-, cargo que no aceptó. Así mismo, le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

3.2. El conocimiento correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Málaga, el cual realizó audiencia de formulación de acusación el 13 de febrero de 2019², por idéntica conducta a la imputada. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 8 de abril del 2019³; el juicio oral se desarrolló en sesiones del 6 de mayo, 20 de junio, 17 de julio y 29 de octubre de 2019, última sesión en la que se anunció el sentido del fallo de carácter absolutorio y se ordenó la libertad inmediata del procesado, leyéndose la sentencia el 30 de julio de 2020.

4. Sentencia impugnada

4.1. El juez de primera instancia profirió sentencia absolutoria en favor de Jorge Alberto Escobar Tovar. Concluyó que, si bien las entrevistas anteriores al juicio no son pruebas en sí mismas, sí pueden evaluarse como una extensión del testimonio porque fueron utilizadas en el juicio, habiéndose permitido su contradicción, por lo que a partir de la valoración de los medios de conocimiento ingresados en el debate oral, se advierten serias contradicciones en las versiones de la menor, pues no quedó claro si cuando el procesado cometió la supuesta agresión, la menor ya había mantenido relaciones sexuales con otra persona o no. Tampoco hubo claridad acerca de si ya había tenido su primera menstruación, lo que no permite darle plena credibilidad a su relato.

Recalcó que la prueba pericial no aporta datos importantes, más que la joven ya había tenido relaciones sexuales, sin lugar a establecer su fecha; además, no se trajo al juicio las supuestas personas a quienes la niña había contado lo sucedido con su padrastro y al contrario, su amiga M.D. dijo no darles credibilidad a sus manifestaciones con respecto a una agresión sexual, pues se trataba de una persona mentirosa. En consecuencia, el fallador consideró que existe duda frente a la materialidad de los hechos.

¹ Proc. contra Jorge Alberto Escobar, folio 202 a 199

² Proc. contra Jorge Alberto Escobar, folio 182

³ Proc. contra Jorge Alberto Escobar, folio 169

5. Del recurso de apelación

5.1. La fiscalía⁴ solicitó revocar la decisión absolutoria y en su lugar pide que se condene al acusado por los cargos imputados. Adujo la recurrente que del análisis de las pruebas es posible establecer la ocurrencia de los hechos, dado que la menor víctima fue clara y espontánea al narrar el atentado sexual ocurrido en su contra, señalando a su padrastro Jorge Alberto Escobar Tovar como el agresor, e indicando situaciones precisas que rodearon los hechos, como que tenía 12 años de edad y cursaba el grado 7°, que esto ocurrió en su vivienda y que el victimario la amenazó con golpear a su madre si contaba algo, lo cual era un chantaje válido, pues era una persona violenta, incluso, existe una denuncia por violencia intrafamiliar en su contra.

Resaltó que la narración ofrecida al estrado por la niña mantiene relación con lo afirmado ante la psicóloga del ICBF; en cambio, el fallador basó la absolución en los testimonios de referencia que nada aportaron al tema debatido, desechando del todo las manifestaciones elevadas por la víctima, quien, además, se ha visto expuesta a la retaliación por parte de su progenitora, quien no le cree su versión y le reprocha ser culpable por la privación de la libertad de su pareja sentimental.

En síntesis, dijo la disidente que todas las pruebas conducen a evidenciar la materialidad de los reatos y la responsabilidad que en ellos tuvo Escobar Tovar.

5.2. La defensa, como no recurrente, aseguró que la fiscalía no probó, más allá de duda razonable, la responsabilidad penal del acusado, la cual se descartó con uno de los testigos de la propia fiscalía, la profesora Yolanda Pacheco González, sumado a las contradicciones de la menor, pues al examen médico legal manifestó haber tenido varias relaciones sexuales con varios amigos, ingesta de bebidas alcohólicas y sustancias alucinógenas, lo que evidencia un total desorden de su vida personal y a nivel sexual desde los 12 años; que la joven solo quiso desviar la atención de los hechos ocurridos la noche anterior al examen.

Destacó, además, que pese a tratarse de un delito repudiable, no media certeza para condenar al acusado, dado que existía un resentimiento de la menor en contra de su madre y su padrastro, ya que en el juicio se vislumbró que D.F. acompañaba a Jorge Alberto a pitar partidos fuera del municipio de residencia y mantenía buenas relaciones con su familia, afectando esto su credibilidad, porque sí había una sana relación entre ellos.

⁴Proc. contra Jorge Alberto Escobar, folio 5

6. Consideraciones del Tribunal

6.1. Competencia

De conformidad con el artículo 34, numeral 1°, de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias penales que profieran jueces del circuito de este Distrito Judicial.

6.2. Problema jurídico

Determinar si la valoración conjunta de los medios de prueba permite acreditar con certeza la materialidad y responsabilidad penal de Jorge Alberto Escobar Tovar como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en perjuicio de la menor D.F.B.R.

6.3. De la materialidad y responsabilidad penal en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo.

La fiscalía centra su inconformidad en la indebida valoración de las pruebas, pues considera que en el juicio fue acreditada la materialidad de la conducta y que el delito fue cometido por el acusado.

En la sentencia confrontada, el Juez Promiscuo del Circuito de Málaga aseguró que el ente instructor no pudo desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, pues, a partir de la valoración del testimonio de la víctima, en la que involucró las manifestaciones previas al juicio ofrecidas por la menor a las psicólogas Aida Nubia Chaparro Correa y Alba Rocío Meneses Lizcano, así como a la defensora de familia Aida Nubia Chaparro Correa, concluyó la inexistencia de los hechos por los que se investigó a Jorge Alberto Escobar Tovar, dado que la menor realizó señalamientos contradictorios que no le permitieron arribar a la certeza sobre si, para el momento de los hechos, ya había sostenido relaciones sexuales con otra persona o si ya había tenido su primera menstruación, impidiéndose con esto otorgarle plena credibilidad.

Sobre las consideraciones del fallo revisado, sea lo primero enfatizar que, según la dogmática del proceso acusatorio, solo es prueba la que se practica en el juicio con intermediación y confrontación, por el contrario, no lo es la que no cumple esas condiciones. Como excepción, ciertas declaraciones fuera del juicio oral pueden ser utilizadas para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de agravación o atenuación punitiva, etc., cuando no sea posible practicarlas en el juicio y pueden solicitarse como prueba de referencia admisible, siempre que se respete el debido proceso probatorio

(descubrimiento, solicitud fundada y práctica en el juicio) y se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, como lo ha señalado la Corte Suprema⁵.

La versión que D.F.B.R. le entregó a la psicóloga Aida Nubia Chaparro Correa, no podía apreciarse como prueba, pues la única forma de que así se hiciese era bajo la previsión de las formalidades de la prueba de referencia. Recuérdese, la declaración del perito tiene como finalidad que se explique lo que le consta, acorde con la razón de su ciencia o arte, no acreditar lo que le dijo el examinado, porque ese tema no es objeto de su percepción directa; por demás, la entrevista forense a menores víctimas de delitos sexuales no puede ser elevada a la categoría de prueba autónoma, derivando esto en que la incorporación de las manifestaciones precisas de D.F., a través de la entrevistadora, fue irregular y no resulta viable elevar consideraciones sobre su contenido. Igual disertación merecen las entrevistas rendidas por la ofendida ante la defensora de familia Nury Alexandra Duarte Jurado y la psicóloga del Instituto de Bienestar Familiar Alba Rocío Meneses Lizcano, las cuales tampoco ingresaron como pruebas de referencia con las rigurosidades que ello demanda.

Valga aclarar sobre este punto que el ordenamiento procesal penal le otorga diversas opciones 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 versión⁶.

En este caso particular, no se dilucidó durante su declaración en el juicio que la víctima se hubiese retractado o cambiado su versión, o que mediara alguna situación que tornara necesaria la utilización de las declaraciones anteriores para impugnar su credibilidad, aun cuando la tesis de la defensa se basó en una falsa denuncia y la inexistencia del hecho, pudiendo haber optado por usar ese recurso procesal para respaldar su teoría y de esta manera materializar los postulados jurisprudenciales que admiten 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.

De haberlo hecho así la defensa se hubiera abierto para la fiscalía la oportunidad de auscultar estos temas con la testigo para encontrar posibles

⁵ Entre varias, SP del 6 de abril de 2022, rad. 51750

⁶ SP3981-2022, rad. 56993; CSJSP2709, rad.50637, ratificada, entre otras

explicaciones de las supuestas inconsistencias entre su relato en juicio y las versiones que entregó en las fases anteriores y, a su vez, la víctima hubiera tenido la oportunidad de explicar los aspectos que podrían afectar la verosimilitud de su relato.

Si bien el fallador de primera instancia realizó algunas acotaciones sobre que esas entrevistas anteriores al juicio no comportaban la calidad de prueba por sí mismas, terminó por valorarlas íntegramente, acudiendo, incluso, a su transcripción textual en la sentencia para extractar los dos únicos temas que, en su parecer, suscitaron controversia, que fueron la dubitación generada acerca de i) si la menor ya había sostenido relaciones sexuales antes de la referida agresión sexual cometida por Jorge Alberto Escobar Tovar y ii) si para ese momento la niña ya había presentado la menarquia. Estos temas, a los que el fallador le dio tal trascendencia que significó el fundamento de la absolución del acusado, a juicio de la Sala, eran irrelevantes para la solución del caso, ya que evidenciaban un sesgo valorativo del juzgador, influenciado por un estereotipo machista que terminó revictimizando a la menor.

Para explicar lo anterior, durante el juicio la joven expuso:

“Yo fui abusada cuando tenía 12 años [...] bueno, iba a cumplir los 13 años, pues, mi mamá tenía una relación con Escobar, y pues la relación al principio era bien y eso, y después él comenzó con la confianza, o sea a pasarse conmigo, mi mamá trabajaba en un billar ahí al lado de Los Palitos, y yo quedaba casi siempre sola en la casa [...] y pues, una vez yo me quedé después del almuerzo, pues me acosté a dormir y eso [...] cuando fue que yo sentí que alguien me abrió la puerta de la habitación donde yo estaba y pues, o sea, yo no me di cuenta ni nada, cuando fue que Escobar se acostó al lado mío y comenzó a tocarme y eso, y yo ... yo comencé a decirle que qué estaba haciendo, y pues me tapó la boca y me dijo que me callara y todo eso, y pues yo lo empujaba y le decía que me soltara, que me soltara, y él no lo hacía, y me decía que yo no dijera nada y eso, y comenzó a tocarme y eso, y yo trataba de empujarlo y de decirle que ya que me soltara y eso, y él no lo hacía y yo pegué un grito y él me tapaba la boca, y él me decía que si yo llegaba a decir algo o algo pues que él no respondía por lo que le pasara a mi mamá o a mis hermanas, y entonces él comenzó a quitarse la ropa y eso, y entonces yo comencé a darle pata y yo le decía que no, que me soltara, que me soltara, y en un momento pues él me ganó con fuerza y pues él se quitó la ropa y eso, y pues yo estaba como en pijama y él pues me bajó, y pues ahí fue cuando penetró y eso, y yo pues a mí se me bajaban las lágrimas y yo le decía que ya, que me soltara y eso, y yo estaba esperando a una compañera que iba a hacer tareas ese día conmigo, y ya él después se fue y pues yo quedé ahí, o sea yo no sabía qué hacer, y después, bueno, en mi habitación había un baño y fui y yo estaba sangrada y eso, y bueno llegó una compañera y pues nos pusimos a hacer tareas [...] él comenzó a tocarme y eso, o sea yo no me alcancé a quitar la camisa ni nada, él simplemente me bajó lo que yo tenía y yo gritaba y le decía que me soltara y eso y pues ahí fue cuando me penetró [...]”.

Agregó que a la primera persona que le contó lo sucedido fue a una profesora suya, de nombre Yolanda Pacheco, quien la había abordado por algunos problemas comportamentales que presentó con posterioridad al abuso, pues su carácter se tornó rebelde, acudió al consumo de alcohol y alucinógenos, y perdió ese año escolar como consecuencia de los sentimientos que le generaba la situación que vivía en casa compartiendo con su agresor, sumado al maltrato al que él sometía constantemente a su progenitora.

Si bien es indiscutible que la víctima es la única que puede dar razón del abuso sexual ocurrido cuando tenía 12 años de edad, otras pruebas permiten construir el escenario en que ocurrió la agresión y que aportan credibilidad a los hechos denunciados.

En apoyo de esto, la profesora Yolanda Pacheco explicó que un día *“ella me contó unas cosas, yo le dije a ella que por qué hacía todo lo que estaba haciendo, entonces ella me dijo: -ay, la verdad profe ... esto ... no sé qué, o sea, toda como confundida, me nombró a Escobar y me dijo que Escobar había abusado de ella, entonces yo le dije: -¿Escobar el que vive con su mamá?, yo le dije: -usted por qué no ha demandado, usted por qué no ha dicho nada? [...] entonces yo digo que, si eso hubiese sido así, por qué en el momento que Escobar la violó por qué no buscó la justicia [...] fue en el 2017 pero la fecha exacta no la recuerdo”*.

Por su parte, la menor M.D.J.P, si bien no aportó mayores detalles, sí refirió que su amiga (la víctima) le había comentado que *“muchas veces tenía inconvenientes con el padrastro [...] que ellos tenían problemas en la casa con el padrastro y con la mamá y también me dijo que él había tratado de buscarla, algo así me contó, pero yo pues la verdad nunca le puse atención, me decía que la mamá peleaba mucho con ella, que la mamá era muy grosera, que la dejaba sola [...] ella más o menos se refería a que tenían contacto ¿si me entiende?, pero no me dio detalles de qué podía haber pasado”*.

Lo dicho por estas dos testigos, lejos de demostrar que existiese un ánimo de rencor o resentimiento, como lo dice la defensa técnica, reafirma la declaración de D.F. sobre haber ocurrido una situación fuera de lo normal con su padrastro, y que, efectivamente, en su hogar se desarrollaban hechos de violencia y disfuncionalidad tal como lo dijo al estrado, más no demuestra voluntad de perjudicar al procesado o a su madre.

De esta manera, la información que aportaron las personas externas al núcleo de la menor, brindaron, desde su conocimiento personal y directo, corroboración a lo afirmado por la víctima; de una parte, la menor le contó a una de sus maestras lo ocurrido con su padrastro, sin que se conociera alguna interferencia entre ese hecho y la manera en que la menor después reveló los actos abusivos a su progenitora, pues quedó claro que, Yolanda Pacheco, desde su rol de docente, no hizo nada al respecto,

porque decidió no creerle a la menor. De otra parte, la menor M.D.J.P, una de las amigas de la víctima, dijo haber tenido conocimiento de las dificultades familiares de D.F. y de una aproximación anormal por parte de su padrastro, según se lo había mencionado D.F.

La información recolectada sí permitía determinar la existencia de los hechos investigados, por lo que los argumentos del fallo de primera instancia riñen con los criterios de la debida valoración probatoria, dado que no se le dio credibilidad al testimonio de la ofendida basado en el análisis de la conducta de la víctima por supuestamente titubear acerca de su experiencia o desarrollo sexual, siendo estos aspectos intrascendentes para el análisis de ocurrencia del delito contra la libertad sexual, pues por el contrario, la Corte⁷ ha precisado que *«no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si debió haberse comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico»*.

La perspectiva con enfoque de género elimina toda clase de estereotipos que imponen a la mujer, como sujeto pasivo de la conducta punible, una serie de obligaciones llamadas a asumir en su condición de víctima, como denunciar a tiempo o mostrar cierto grado de pudor o determinado comportamiento social, como se reprochó durante todo el juicio a la menor, a quien se interpeló sobre su virginidad, su relación con amigos y el consumo de alcohol o estupefacientes.

Aunado a ello, no se tuvo en cuenta que la víctima explicó la manera en que el agresor infundió temor para que callara los hechos, pues le advirtió que de contarlo no respondería por lo que le sucedería a su madre y a sus hermanas, amenaza que para la menor era bastante certera de cara a la violencia constante ejercida por el sujeto en su hogar y la disfuncionalidad de su núcleo primario; de hecho, la joven explicó en el juicio la alterada dinámica familiar y las retaliaciones que su madre y su hermana menor propiciaron en su contra por el hecho de que su padrastro terminó privado de la libertad por causa de sus señalamientos, lo que sustenta el temor razonado que dijo haber tenido para contar lo sucedido.

De igual manera, debe reprocharse que el juez de primera instancia acudió a elevar afirmaciones extrañas a los elementos obrantes en el expediente, puesto que D.F. en todo el interrogatorio no mencionó haberle contado del acceso cometido por Escobar Tovar sino a Yolanda Pacheco, sin referir a ninguna amiga como concedora de los hechos, ni a ningún agente policial, como erradamente lo aseveró el juez; sumado a ello, el experticio sexológico sí concluyó el desgarro antiguo del himen,

⁷ SP139-2023, rad. 53723

luego, no era razonable afirmar en el fallo que la prueba pericial no arrojó ningún dato relevante, pues el médico legista, Nelson Felipe Blanco Jaimes, fue claro en afirmar que la menor presentaba desgarramiento antiguo del himen, concluyendo que había sostenido relaciones sexuales en el pasado, no siendo posible determinar el tiempo en que ocurrieron, además de no haber hallado rastro de que la noche anterior a la valoración hubiere existido alguna penetración en la niña, según se trataba de establecer, lo que sí le permitía establecer al juzgador que la menor ya había tenido relaciones sexuales para la fecha en que fue valorada y que ello coincidía con el periodo en el que la menor señaló que había sido accedida por el acusado.

Así las cosas, frente a lo disertado por el juzgado, se descarta por esta Corporación que esos argumentos puedan restar credibilidad y valor a la versión ofrecida por la ofendida, en tanto que el testimonio de D.F.B.R. es contundente en señalar al acusado como autor del acceso al que la sometió en su casa cuando su progenitora se encontraba ausente del lugar, habiendo desarrollado un relato coherente y preciso en la descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió la agresión y que encuentra corroboración en otros medios probatorios practicados y debatidos en juicio, como referirle a una amiga sobre un tipo de acercamiento indebido por parte del acusado y haberle revelado a su profesora y directora de grupo en el mismo año 2017 lo sucedido con su padrastro, quien no activó ningún protocolo de alerta, sino que, al contrario, le restó cualquier crédito a la confesión, y así abiertamente lo expresó en el juicio dicha docente, dedicándose durante toda su atestación a cuestionar la credibilidad de la niña y a señalarla de mentirosa e inmoral, clamando justicia en favor del acusado, pues a su parecer, el comportamiento desajustado de la menor atendía al enamoramiento que profesaba por el padrastro.

Las pruebas de descargo tampoco lograban rebatir el señalamiento de la víctima, pues el acusado y Angye Daniela Castellanos Rodríguez -hermana de la ofendida-, como equivocadamente lo concluyó el fallador, solo se limitaron a manifestar que la relación familiar transcurría en términos normales de fraternidad, excepto por D.F., quien empezó a tornarse temperamental, distante y rebelde, datos que verdaderamente no aportan en ninguna medida elementos para desvirtuar la declaración de la víctima.

Sea el momento de reseñar la infortunada manera en que se resolvió el asunto en la primera instancia, al haberse invocado por parte del juez la iniciación prematura de la vida sexual de la joven D.F.B.R. y la exaltación de aspectos de su vida personal, como el consumo de alcohol y alucinógenos, usados como referencias negativas,

discriminatorias y revictimizantes en su contra, propiciando argumentaciones, igualmente inoportunas, como la efectuada por el defensor, quien en la condición de no recurrente, dedicó el texto a categorizar a la adolescente como una persona con un “desorden sexual desde los 12 años”.

En conclusión, esta Sala halla probada la materialidad de la conducta de acceso carnal abusivo y su responsabilidad en cabeza de Jorge Alberto Escobar Tovar. En cuanto a la situación de agravación punitiva, en este caso le fue atribuida al procesado por virtud de los numerales 2° y 5° del artículo 211. Al respecto, ha sido enfática la jurisprudencia en afirmar la improcedencia de aducir la causal 2ª de agravación del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 con fundamento exclusivo en la existencia de un vínculo de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil. En estos casos, dada la mayor riqueza descriptiva y la especialidad de la causal 5ª, deberá preferirse y privilegiarse, siempre, su atribución. Por lo que, según lo analizado hasta el momento, se configuró la causal atinente a la calidad de padrastro que el acusado ostentaba en relación a su víctima, ya que integraba de forma permanente unidad doméstica al cohabitar con la menor afectada, su hermana menor y su progenitora.

6.4. Dosificación punitiva

La conducta enrostrada a Jorge Alberto Escobar Tovar es la de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, definida por los artículos 208 y 211 del C.P. Bajo estos parámetros la conducta tiene unos extremos punitivos que van de 12 a 20 años de prisión, aumentados de la tercera parte a la mitad, quedando la pena de 16 a 30 años -o de 192 a 360 meses-.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 61 del C.P., los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables se establecen, en primer lugar, delimitando el ámbito de movilidad, que se obtiene de restarle a la pena máxima la pena mínima, que en este caso arroja un resultado de 168 meses, para luego dividirlo en 4, arrojando la cifra de 42 meses. En segundo lugar, a partir del ámbito punitivo de movilidad, se procede a establecer los cuartos correspondientes:

	CUARTO MÍNIMO	CUARTOS MEDIOS		CUARTO MÁXIMO
Prisión	192-234 meses	234 -276 meses	276 - 318 meses	318 - 360 meses

Como en este caso no fueron imputadas circunstancias de mayor punibilidad, el cuarto de movilidad en el que se determinará la pena será el mínimo.

Estima la Sala que, atendiendo la naturaleza del punible, al tratarse de un tipo de grave afectación al normal desarrollo de los menores expuestos a este tipo de abusos y que en el presente asunto le representó a la adolescente consecuencias personales como la ruptura de su unidad familiar, al verse enfrentada a su hermana mayor y a su progenitora por haber denunciado a su agresor, según afirmó la menor en el juicio, dado que su progenitora repetidamente la había ofendido con palabras soeces, culpándola por la privación de la libertad de su pareja sentimental, lo que la llevó a la menor a tomar la decisión de desprenderse de su núcleo primario para acogerse a los programas del Instituto de Bienestar Familiar. También se tuvo conocimiento de las alteraciones conductuales derivadas de los hechos, lo cual derivó en la afectación de su desarrollo escolar y rendimiento académico, llevando a que D.F. perdiera el año escolar que cursaba para la época en que ocurrió el ilícito.

En consecuencia, se impondrá una pena de 204 meses de prisión.

En igual lapso se impondrá la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

6.5. De los mecanismos sustitutivos de la pena

No hay lugar a abordar el estudio de la aprobación de algún subrogado penal, debido a que el delito por el cual se emite sentencia, por expresa disposición del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 68A del Código Penal, se prohíbe la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, cuando la condena se produzca por un delito de los taxativamente señalados en el inciso segundo de tal precepto, dentro de los cuales se encuentran las conductas contra la libertad, integridad y formación sexual en las que son víctimas menores de edad. En consecuencia, el sentenciado deberá purgar la pena impuesta en el establecimiento penitenciario que para ello designe el director de prisiones, una vez cobre ejecutoria esta decisión.

En virtud de las anteriores consideraciones, el **Tribunal Superior de Bucaramanga en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Revocar la sentencia objeto de apelación, y en su lugar, condenar a Jorge Alberto Escobar Tovar, identificado con la cédula de ciudadanía No. 13930480

de Málaga, Santander, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, a la pena principal de diecisiete (17) años de prisión.

Segundo. Imponer como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual a la pena principal.

Tercero. Negar al sentenciado la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

Por lo anterior, ejecutoriada la decisión, líbrese la correspondiente orden de captura por parte del juzgado de primera instancia, así como las comunicaciones necesarias a los demás de acuerdo con lo normado con el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal.

Cuarto. En firme la presente determinación, a través del Centro de Servicios Judiciales- SPA, remitir copia de la misma a las autoridades respectivas y la ficha técnica de la sentencia a los Jueces de Ejecución de Penas (reparto) para la vigilancia de la misma.

Quinto. Advertir que contra la presente sentencia procede la impugnación especial por parte del acusado y su defensa técnica, así como el recurso extraordinario de casación para los demás sujetos procesales e intervinientes, en los términos que prevén los artículos 180 ss. de la Ley 906/2004 y atendida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁸.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,


Jairo Mauricio Carvajal Beltrán

Ausencia justificada
Juan Carlos Diettes Luna


Harold Manuel Garzón Peña

⁸ Véase el auto del 3 de abril de 2019, radicación 54215, M.P. EYDER PATIÑO CABRERA, CSJ, en el sentido que “el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.