



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 **JOHN DEYWINSON VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ**, por el punible **FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL O ADMINISTRATIVA DE POLICÍA**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **13 de junio de 2022**.

Para notificar al procesado y los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO en lugar público de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por el término de tres días, hoy 08 de julio de 2022, siendo las 8:00 a.m.

July Carolina Zárate Gordillo
Secretaria

RI 21-678A



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 **MARTÍN RUEDA GUERRERO**, por el punible **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **09 de junio de 2022**.

Para notificar al procesado y los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO en lugar público de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por el término de tres días, hoy 08 de julio de 2022, siendo las 8:00 a.m.

July Carolina Zárate Gordillo
Secretaria

RI 19-565A



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. 68001-6000-159-2018-06697-01.

Aprobado Acta No. 512.

Bucaramanga, trece (13) de junio de dos mil veintidós (2022)

1. Asunto:

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa de John Deywinson Velásquez Rodríguez, contra la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2021 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con función de conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual, lo condenó como autor del delito de fraude a resolución judicial o administrativa de policía, en virtud de preacuerdo previamente aprobado.

2. Hechos:

De acuerdo con la acusación, el 22 de agosto de 2018, a las 10:00 am., en la calle 60 con carrera 42W del barrio Estoraques de Bucaramanga, el ciudadano John Deywinson Velásquez Rodríguez fue capturado por servidores de la Policía Nacional por estar conduciendo un vehículo automotor mientras que su licencia de conducción está suspendida hasta el 20 de febrero de 2022, por Resolución 082 de febrero 20 de 2017 de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga.

3. Antecedentes procesales

3.1. El 14 de junio de 2019¹, ante el Juzgado Décimo Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad, se le formuló imputación

¹ Expediente escaneado en formato PDF "01. DocumentoFisicoEscaneo201806697" Folio 16/46.

como autor, a título de dolo, del delito de fraude a resolución judicial, cargo al que no se allanó.

3.2. La fiscalía radicó escrito de acusación y su conocimiento lo asumió el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bucaramanga. La audiencia de formulación de acusación se hizo el 6 de marzo de 2020². La preparatoria se programó para el 3 de junio de 2021, y en dicha oportunidad se presentó y aprobó preacuerdo. Luego, el 24 de septiembre de 2021, se corrió traslado del contenido de que trata el artículo 447 del C.P.P. de 2004.

4. Sentencia apelada

4.1. El 24 de septiembre de 2021 se emitió sentencia mediante la cual se condenó a John Deywinson Velásquez Rodríguez, como autor del delito de fraude a resolución judicial o administrativa de policía y se le impuso una pena de seis (6) meses de prisión y multa de 2.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes; así como la accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por el mismo término de la prisión. De otra parte, se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, previa caución prendaria por el valor equivalente de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, suscripción de diligencia de compromiso y un periodo de prueba de dos años.

5. Del recurso de apelación.

5.1. Inconforme, la defensa solicitó disminuir la caución prendaria impuesta para acceder al mecanismo sustitutivo que se concedió, o, en el evento que se confirme el mismo, se habilite la alternativa de que tal valor sea susceptible de ser “amortizado” mediante póliza judicial. Argumentó que el A quo no realizó un estudio juicioso y ponderado de los principios que imperan en la determinación de la caución prendaria; máxime, cuando la naturaleza del delito no demanda imperioso someter a sus “infractores a una rigurosidad extrema”. Además, debió considerarse que se impuso una condena a un lapso

² Documento 01. Documento Físico Escaneo201806697. Folios 3-4.

“infimo” de seis (6) meses de prisión y se acudió a la negociación procesal del preacuerdo.

6. Consideraciones de la Sala

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.

Se contrae a determinar si hay lugar a disminuir el monto de la caución prendaria impuesta para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. En caso de exigirse la misma si se puede garantizar la caución con la constitución de póliza judicial para su cumplimiento.

6.3. De la caución.

El inciso final del artículo 65 del Código Penal establece que las obligaciones establecidas para el beneficiario de la suspensión condicional de la pena y de la libertad condicional se garantizan mediante caución. A su vez, el artículo 474 de la Ley 906 de 2004 dispone que para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena se dará cumplimiento a lo dispuesto en el Código Penal. La caución es una garantía que el sentenciado debe prestar para el cumplimiento de subrogados y mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad, tales como la prisión domiciliaria, la suspensión de la ejecución de la pena, la libertad condicional, o la imposición de mecanismos de vigilancia electrónica.

Desde principios de siglo, la Corte Constitucional³ se ha pronunciado respecto a las cauciones en materia penal, afirmando que su finalidad consiste

³ En Sentencia C-316 de 2002, con ponencia del Magistrado Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, se dijo: “*En materia penal, la finalidad de las cauciones es asegurar la comparecencia al proceso del sujeto investigado. En esos términos, la caución penal es del primer tipo, es decir, asegura, garantiza y afianza el cumplimiento de un compromiso adquirido durante el proceso: el de hacerse presente en él. El hecho de que en materia penal la caución no tenga una función*”

en asegurar la comparecencia del procesado a las diligencias que se adelantan en su contra, es decir, no posee, como en otras jurisdicciones, una función indemnizatoria.

6.4. Caso concreto.

El enjuiciado fue beneficiado con la suspensión condicional de la ejecución de pena, dado que la sanción impuesta de 6 meses de prisión no excedía los cuatro (4) años que dispone el numeral 1º del artículo 63 del Código Penal para su otorgamiento. Adicionalmente, no se trata de unos de los delitos enlistados en el inciso 2º del artículo 68A de la misma norma y no se acreditaron antecedentes penales. Sin embargo, el juez de conocimiento dispuso que para entrar a gozar de este subrogado debía prestar caución prendaria por el valor de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A juicio de esta Corporación, tal caución es desproporcionada y su imposición no fue justificada. En cuanto esto último, la juez de instancia no ofreció argumentos que permitan que su decisión sea controvertida o controlada de manera racional; hay una total ausencia de motivación para disponer la cuantificación del pago de la caución, eludiendo el deber de explicar las razones de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad que la llevaron a que fuese ese valor y no otro el que debía asumir el sentenciado para acceder al subrogado dado a su favor.

Y la caución impuesta resulta desproporcionada si se confronta con los límites punitivos señalados en el tipo penal por el que se enjuició al acusado, que van de 1 a 4 años de prisión y multa 5 a 50 SMLMV, según el artículo 454 del C.P. Esta clase de conducta punible, aunque afecte el bien jurídico de la Eficaz y Recta Impartición de Justicia ante la desobediencia expresada por el particular para cumplir con el mandato dado por el servidor estatal, el legislador ha señalado un trato benigno para quien incurre en dicho comportamiento, el cual se ve claramente manifestado en los referidos extremos de la pena.

indemnizatoria es consecuencia de la naturaleza misma del procedimiento: ya que en la causa penal no es dable hablar de pretensiones y, por consiguiente, de contraparte, la caución como mecanismo indemnizatorio de los posibles perjuicios ocasionados mediante el ejercicio de actuaciones procesales no tiene aplicación en tales diligencias.”

Tal benignidad expresada por el legislador también puede advertirse en la no inclusión de tal conducta punible en el listado que contiene el inciso segundo del artículo 68 A del CP. La falta de mención del citado punible en ese listado excluyente de beneficios y subrogados penales, permite que el subrogado previsto en el artículo 63 ibidem se conceda atendiendo solo al criterio objetivo previsto en el numeral primero de dicho precepto. Es decir, que la naturaleza poco grave de la conducta punible de fraude a resolución judicial lleva a que el subrogado tenga que ser concedido al infractor primario sin condicionamiento alguno.

Las razones expuestas llevan a concluir que la caución inmotivada impuesta al sentenciado para acceder a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad se convierte en una barrera, que lo puede alejar del beneficio que el legislador estableció a su favor.

En consecuencia, al representar este subrogado un incentivo para la abstención de delinquir y, al no existir, razones para suponer que John Deywinson Velásquez Rodríguez, puede evadir el cumplimiento de las obligaciones que la concesión del beneficio acarrea, se revocará este acápite, para en su lugar, disponer que garantice el cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 65 del C.P., mediante caución prendaria por el valor equivalente de medio salario mínimo legal mensual vigente.

Finalmente, debe advertir la Sala que la situación económica limitada del acusado que se informó al sustentar la alzada y los documentos que se allegaron para acreditarla, no fueron presentados ante el juez de conocimiento de primera instancia al momento que se concedió el uso de la palabra a las partes para que se pronunciaran frente al contenido de que trata el artículo 447 del C.P.P.; por tal razón, la Sala no abordó su estudio, ya que la apelación no habilita la oportunidad para presentar nuevos argumentos o elementos de conocimiento que no le fue posible conocer al fallador para adoptar una determinación; no obstante, a criterio de la Corporación, la disminución que se solicitó y se realizará de la caución, se torna proporcional y le permitirá al acusado acceder al subrogado dado a su favor.

Por lo expuesto, **El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga**, - Sala Penal de Decisión- en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Revocar parcialmente la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2021, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con función de conocimiento de Bucaramanga, con el exclusivo propósito de establecer a John Deywinson Velásquez Rodríguez, para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, una caución prendaria por el valor equivalente de medio salario mínimo legal mensual vigente, para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 65 del C.P.

Todo lo demás, permanece incólume.

Segundo: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese en estrados y cúmplase,

Los Magistrados,


Jairo Mauricio Carvajal Beltrán


Paola Raquel Álvarez Medina


Juan Carlos Diettes Luna
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia
Salvamento de voto

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO PENAL

DELITO: FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL

CONTRA: JOHN DEYWINSON VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ

RADICADO: 2018-06697

Con mi acostumbrado respeto hacia los restantes Honorables Magistrados que integran la Sala, no comparto la decisión adoptada respecto de revocar parcialmente y confirmar en lo demás la sentencia que condenó a John Deywinson Velásquez Rodríguez por el delito de fraude a resolución judicial o administrativa de policía, pues su comportamiento es atípico, dadas las siguientes razones:

1 - El delito de fraude a resolución judicial o administrativa de policía está tipificado en el artículo 454 del estatuto represor – modificado por el artículo 47 de la Ley 1453 de 2011 -, el cual consagra que “...El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial o administrativa de policía...” incurrirá en las penas de prisión y multa allí previstas; al respecto, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha discurrido que para estructurar el tipo objetivo se exige

“...Sujeto activo indeterminado. La conducta puede ser realizada por un particular o un servidor público. Debe ser el receptor del mandato y como único obligado a cumplirlo es quien está en capacidad de desobedecerlo¹. Asoma como el sujeto pasivo de la relación jurídica creada por la decisión, no sólo son las partes de un proceso sino también otras personas como, v.gr. los auxiliares de la justicia, los depositarios, los encargados de conducir a un preso, etc.²...Debe conocer el compromiso por medio de su notificación personal o por otra forma legal. No habrá fraude si carece de esa comprensión. Además, tiene que contar con plena capacidad para ejecutar la obligación, pues en muchos casos no está en condiciones de observar lo mandado...”

Por ende “...el objeto material lo constituye la resolución incumplida, no sólo las sentencias, sino todas las decisiones de los funcionarios de la Rama Judicial que impongan deberes de cualquier naturaleza, civil, laboral, penal o administrativa, a una persona determinada. Si es un fallo o un asunto con fuerza de sentencia debe estar ejecutoriado. La obligación debe ser indiscutible. Si es un fallo o un proveído con fuerza

¹ Carlos Creus, Delitos Contra la Administración Pública

² Luis Carlos Pérez, Derecho Penal, Tomo III

de sentencia debe estar en firme, si no alcanza esta condición se ejecutará cuando lo disponga el procedimiento aplicable o una vez signado por el funcionario. En todo caso, debe reunir los requisitos exigidos para la existencia y validez del acto...”.

Entonces “...El bien jurídico es la recta y eficaz impartición de justicia. Todas las personas están compelidas a someterse a los fallos judiciales, cristalizando de este modo las garantías de acceso a la justicia y el restablecimiento del derecho. Ningún sentido tendría que las órdenes impartidas quedaran expuestas a una simple ilusión de cumplimiento³...”.

Frente a la conducta advirtió que

“...El verbo es indeterminado, sustraerse. Se concreta en abstenerse o separarse del cumplimiento de una obligación que tiene su fuente en una decisión judicial. Sustraer es apartar, extraer, separarse de la observancia del deber impuesto, es rehusar su ejecución, lo cual debe hacer de forma manifiesta tanto objetiva como subjetivamente. Es necesario que el agente revele su voluntad de incumplir. Se exige la falta de la acción esperada entendida como la objetivamente apropiada, más aún, necesaria para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico, realizando un juicio ex ante. No basta para lograr la adecuación típica eludir el cumplimiento de la decisión, es imprescindible que el sujeto activo se sustraiga a través de medios fraudulentos porque si no hay empleo de artificios no hay fraude y la tipicidad desaparece. Así lo viene reiterando la Sala al opinar que cuando el precepto alude a “cualquier medio” ellos deben ser engañosos, ya que si bien el supuesto de hecho no pide que la inobservancia esté acompañada de una conducta en concreto, es lo cierto que el nombre del delito demanda esa particularidad, esto es, que el incumplimiento sea fraudulento⁴, es decir, supone el empleo de medios indirectos, ardidés, falacias que produzcan una apariencia engañosa, todo fraude con relevancia jurídica supone un dolo o perjuicio material o moral, o al menos la posibilidad de causarlo...” – Subraya fuera de texto

Y concluyó que “...Es necesario, se reitera, que la decisión judicial contenga una obligación de cualquier índole, laboral, civil, penal o administrativa, dispuesta en favor de una persona determinada, una colectividad o de la propia administración, que a la postre permitirá exigir su cumplimiento⁵. La orden de la cual deriva la obligación debe concretarse tanto desde el punto de vista del funcionario que la expide como del sujeto destinatario. En consecuencia, para que se configure el punible debe surgir una relación

³ SP rad. 35267 de 5 de octubre de 2011

⁴ SP rad. 26972 y 26497 de 21 de marzo y 5 de diciembre de 2007

⁵ Luis Carlos Pérez, Derecho Penal, Tomo III

inmediata entre el funcionario judicial, la orden y el destinatario...”⁶; en igual sentido, ha pregonado que “...En muchas ocasiones los funcionarios judiciales a través de proveídos imponen cargas a los particulares de carácter penal, civil, administrativo, laboral, etc. El deber del ciudadano es acatar la orden, sólo la comprobación incuestionable de la imposibilidad de hacerlo le impedirá su cumplimiento⁷ Con este tipo penal el legislador pretende hacer efectivas las decisiones judiciales⁸. La fórmula política del Estado Social y Democrático de Derecho demanda la sumisión a las providencias de los jueces y autoriza sancionar la transgresión de esta regla de conducta, por ende, el derecho penal reprime el desconocimiento siempre y cuando sea fraudulento de la autoridad intrínseca que de ellas nace...”.

2.- Según lo contemplado en el artículo 9º de la Ley 599 de 2000, la conducta resulta punible cuando es típica, antijurídica y culpable, conceptos que deben abordarse consecucionalmente, por lo que solo al superarse el estudio de uno de esos aspectos, resulta viable adentrarse en el siguiente.

El primero de los componentes aludidos, es decir, la tipicidad, está compuesto a su vez por el “tipo objetivo”, según el cual la conducta reprochada como ilícita debe adecuarse a las exigencias materiales definidas en la parte especial del estatuto represivo – coincida con los elementos descritos en la norma, los cuales son sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, objeto material e ingredientes normativos – y el “tipo subjetivo” que se refiere a la modalidad en que se perfeccionó la conducta – dolo, culpa o preterintención y los elementos subjetivos del tipo –, la cual está previamente definida por el legislador en cada uno de los comportamientos que tipificó como punibles; sobre el tema el alto Tribunal en el campo penal ha razonado que existe una relación íntima entre la tipicidad y el principio de legalidad, puesto que al disponerse que

“...nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, el inciso 2 del artículo 29 de la Constitución Política contempla, entre otros principios de significativa importancia, el de estricta legalidad de los delitos y de las penas, acerca del cual la doctrina autorizada en la materia ha precisado lo siguiente: “Este principio exige dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas (...) “La primera condición equivale al principio de reserva de la ley en materia penal y del consiguiente sometimiento del

⁶ AP2306 de 2015, reiterado en SP 11367 del 2017, rad. 48825

⁷ SP rad. 8539 de 28 de junio de 1994

⁸ SP rad. 26972 de 21 de marzo de 2007

juez a la ley: conforme a ella, el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena. La segunda condición comporta además el carácter absoluto de la reserva de ley penal, por virtud del cual el sometimiento del juez lo es solamente a la ley: sólo si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas, estarán en realidad en condiciones de determinar su campo de aplicación de forma tendencialmente exclusiva y exhaustiva”⁹ Por lo anterior, el principio de estricta legalidad no sólo constituye el supremo criterio político criminal en sede de atribución del derecho sustantivo, sino que además representa el primer límite al poder represor del Estado, pues al funcionario judicial le está prohibido acudir, para efectos de analizar los asuntos que le son puestos a consideración, a cualquier fuente material que no esté prevista en la norma penal, o que no haya sido delimitada de manera clara y debida en el orden jurídico. De ahí que cada conducta objeto de valoración por parte del juez, en el evento de que sea sancionable con pena, habrá de coincidir con una de las descripciones de comportamientos contenidos en la ley, que por lo demás podrán ser expresados en forma de prohibición o de mandato...”

Por lo tanto, la tipicidad es un elemento esencial para efectos de analizar cualquier conducta que se presuma ilícita, comoquiera que es consecuencia directa del principio de legalidad y debe ser estudiada en su ámbito objetivo y subjetivo. En efecto, la

“...opinión dominante suele distinguir entre un aspecto objetivo y uno subjetivo del más común de los tipos penales, el llamado tipo doloso, de manera que en el examen que efectúa el funcionario al momento de verificar la tipicidad de una conducta de tal índole tiene que establecer antes que todo la ocurrencia de aquellos elementos que configuran el aspecto objetivo, pues el segundo, al referirse de manera principal e ineludible a un estado tanto cognitivo como volitivo del primero, presupone su existencia. En otras palabras, verificar la imputación al tipo objetivo es un paso necesario antes de entrar a considerar cualquier debate o asunto relacionado con la atribución del tipo subjetivo...(…)...Cuando el proceso de valoración de la situación fáctica analizada por el funcionario judicial conduce a la no atribución de la conducta, bien sea porque falta un componente del aspecto objetivo del tipo, o por ausencia del elemento subjetivo, se configura el fenómeno de la atipicidad y, por lo tanto, de la no responsabilidad en materia penal del individuo...”¹⁰

⁹ Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del galantismo penal, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 34

¹⁰ Sentencia de febrero 3 de 2010, Rad. 31726, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

3.- Según los “Hechos” plasmados en el fallo de segundo grado “...De acuerdo con la acusación, el 22 de agosto de 2018, a las 10:00 am., en la calle 60 con carrera 42W del barrio Estoraques de Bucaramanga, el ciudadano John Deywinson Velásquez Rodríguez fue capturado por servidores de la Policía Nacional por estar conduciendo un vehículo automotor mientras que su licencia de conducción está suspendida hasta el 20 de febrero de 2022, por Resolución 082 de febrero 20 de 2017 de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga...”.

Obsérvese que de ese relato no surge maniobra fraudulenta alguna ejecutada por el procesado que conduzca a dar por configurado el tipo objetivo y subjetivo del aludido punible; insístase en que el alto Tribunal en el campo penal ha sido reiterativo en que

En otro pronunciamiento destacó que

“...la acción, consiste en desacatar, desobedecer o marginarse parcial o totalmente del cumplimiento de una obligación inserta en una decisión judicial. Sea cualquiera la forma de ejecución del comportamiento omisivo, es indispensable que el sujeto activo se sustraiga a través de medios fraudulentos porque no se trata de sancionar simplemente la desobediencia a un mandato judicial sino solo cuando se realiza a través de artificios o ardides como lo ha precisado la Sala al destacar que cuando el precepto alude a «*cualquier medio*» ellos deben ser engañosos, ya que si bien el supuesto de hecho no pide que la inobservancia esté acompañada de una conducta en concreto, es lo cierto que el nombre del delito demanda esa particularidad, esto es, que el incumplimiento sea fraudulento”¹¹...¹²

En el presente evento no se conoce que v.gr el procesado haya puesto de presente alguna licencia de conducción que sirviera de pretexto para argüir que sí la poseía y a su amparo podía manejar un rodante, cuando en realidad estaba suspendida, etc, de tal forma que se echa de menos la maniobra fraudulenta o engañosa requerida para dar por sentado que la conducta es típica, sin que baste con la aquiescencia manifestada en un “acuerdo” y verificada por la juez de conocimiento para validarlo, dado que el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 impone que “La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de

¹¹ CSJ SP, 21 mar 2007, Rad. 26972 reiterada en auto de 5 dic 2007, Rad. 26497; AP2306-2015, Rad, 40499, AP3280-2014, Rad. 38278; SP10812-2017, Rad. 44970; SP11367-2017, Rad. 48825, entre otras.

¹² SP2016 de julio 1° de 2020, rad. 57279

prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad” – Subraya fuera de texto.

4.- Independientemente de lo antes esbozado, no puede pasar desapercibido lo decantado por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia al pronunciarse frente a la reforma introducida por la Ley 1453 de 2011¹³ respecto del citado reato, pues aludió a que

“...al estructurar como objeto del delito la resolución administrativa de policía, la Sala debe precisar en esta oportunidad que, solo resulta sancionable penalmente el desacato de aquellas que sean emitidas por las autoridades administrativas de policía en ejercicio de las funciones judiciales asignadas excepcionalmente, en los términos del artículo 116 de la Carta Política. Tal hermenéutica se sustenta en que el tipo penal protege la eficaz y recta impartición de justicia, de forma tal que únicamente las decisiones adoptadas dentro de la función jurisdiccional, como ocurre ordinariamente con las emitidas por los jueces y excepcionalmente por otros servidores públicos investidos de tal función, pueden ser compelidas a su cumplimiento con la tutela del derecho penal, razón que se sustenta en el poder coercitivo incorporado en ellas para hacer real el acceso efectivo a la justicia que, como lo ha precisado la Corte Constitucional, «no se agota en la posibilidad de acudir ante la administración de justicia para plantear un problema jurídico, ni en su resolución, sino que implica, también, que “se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados”». (cfr. sentencia C-367 de 2014)...”¹⁴

Al respecto, la Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia – consagra en el artículo 13 lo siguiente:

“...DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR OTRAS AUTORIDADES Y POR PARTICULARES. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: 1. El Congreso de la República, con motivo de las acusaciones y faltas disciplinarias que se formulen contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los

¹³ De acuerdo con el trámite de ley obtenido de www.leyes.senado.gov.co, en el proyecto inicial presentado por el Ministerio del Interior y de Justicia, no aparece la modificación del artículo 454 del Código Penal. La inclusión de la resolución administrativa de policía como objeto del tipo penal obedeció a una solicitud de la Secretaría de Gobierno de Bogotá, según se dejó constancia en el informe de la comisión accidental, como consta en la Gaceta del Congreso No. -975 de 26 de noviembre de 2010, siendo finalmente aprobado sin mayor discusión

¹⁴ SP2016 de julio 1° de 2020, rad. 57279

Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos.

2. Las autoridades administrativas respecto de conflictos entre particulares, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal; y

3. <Numeral condicionalmente exequible> Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso...”

En las consideraciones centrales de la sentencia C-1641 de 2000 el alto Tribunal Constitucional sostuvo que

“...además de las condiciones establecidas por el artículo 116 de la Carta - ampliamente referidas - para asegurar la excepcionalidad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, esa atribución debe hacerse siempre compatible con los principios medulares del debido proceso, y especialmente, con la independencia, imparcialidad y autonomía de los jueces y sus decisiones. Dijo la Corte: “18- Una lectura aislada y literal del artículo 116 parecería indicar que la ley puede atribuir funciones judiciales a cualquier autoridad administrativa, puesto que esa disposición constitucional no establece que el funcionario a quien se le confieran esas competencias jurisdiccionales deba reunir determinados requisitos. Sin embargo, una interpretación constitucional sistemática lleva a la inevitable conclusión de que para que un funcionario administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales debe contar con ciertos atributos de independencia e imparcialidad. En efecto, la Carta es clara en señalar que las decisiones de la justicia son independientes (CP art. 228), mientras que las normas internacionales de derechos humanos, conforme a las cuales se deben interpretar los derechos constitucionales (CP art. 93), indican que toda persona tiene derecho a ser oída, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8.1 Convención Interamericana y art. 14-1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). En tales condiciones, es necesario armonizar la posibilidad que confiere el artículo 116 de la Carta de conferir funciones judiciales a las autoridades administrativas con los requisitos de imparcialidad, predeterminación e independencia que deben tener las personas que ejercen funciones jurisdiccionales. Una conclusión se impone: La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente

esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial...”

De igual modo, en la sentencia C-896 de 2012 se preocupó de estudiar la constitucionalidad de la competencia atribuida por la Ley 1480 al Ministerio de Justicia y del Derecho, en asuntos relacionados con la protección del consumidor; efectuó una presentación comprensiva de la jurisprudencia constitucional en la materia y concluyó que las normas analizadas resultaban incompatibles con los mandatos del artículo 116 de la Constitución Política, en la medida en que, dada la vaguedad de la fórmula utilizada por el Legislador, conferirían una competencia de carácter genérico, ajena a la excepcionalidad que ordena el artículo 116 de la Carta; allí expuso las “Reglas jurisprudenciales de la atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas”, relacionándolas así:

“...5.3.1. Se encuentra constitucionalmente ordenado que sean disposiciones con fuerza de ley las que atribuyan funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas. Esta competencia legislativa, conforme al artículo 3 de la ley 1285 de 2009, comprende el señalamiento de las competencias, la determinación de las garantías al debido proceso y la fijación de todas las condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes.

5.3.2. Se encuentra constitucionalmente dispuesto que la atribución sea excepcional y precisa (artículo 116). Del carácter excepcional se sigue (i) un *mandato de interpretación restrictiva* de las normas que confieren este tipo de facultades y (ii) un *mandato de definición precisa* de las competencias y las autoridades encargadas de ejercerlas. De este mandato de definición precisa se deriva el deber del legislador de establecer competencias puntuales, fijas y ciertas. Adicionalmente y atendiendo lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 1285 de 2009 el carácter excepcional implica (iii) un *mandato de asignación eficiente* conforme al cual la atribución debe establecerse de manera tal que los asuntos sometidos al conocimiento de las autoridades administrativas puedan ser resueltos de manera adecuada y eficaz.

5.3.3. Se encuentra constitucionalmente *prohibido de manera definitiva* la asignación de competencias a autoridades administrativas para instruir sumarios o juzgar delitos.

5.3.4. Está constitucionalmente ordenado el aseguramiento de la imparcialidad e independencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas. Este mandato supone al menos las siguientes tres reglas:

(i) En el evento de que resulte posible diferenciar claramente y no exista riesgo alguno de interferencia entre el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y el ejercicio de las funciones administrativas desarrolladas por la autoridad correspondiente -relacionadas con la materia

objeto de juzgamiento-, la disposición que asigna las competencias jurisdiccionales será constitucionalmente admisible.

(ii) En el evento en que las funciones administrativas y jurisdiccionales se encuentren tan estrechamente ligadas que no sea posible diferenciar -o eliminar- el riesgo de interferencia en el ejercicio de unas y otras en la entidad administrativa correspondiente, la disposición que atribuye las funciones jurisdiccionales será inconstitucional.

(iii) En el evento en que las funciones administrativas y jurisdiccionales impliquen un riesgo de confusión o interferencia pero sea posible, desde el punto de vista jurídico y práctico, superar tales riesgos de confusión o interferencia, la disposición que atribuye las funciones será constitucional bajo la condición de que se eliminen tales riesgos...”

Así las cosas, si el artículo 116 de la Constitución Política prevé que – además de la Rama Judicial del Poder Público – la ley podrá atribuir función jurisdiccional “en materias precisas” a determinadas autoridades administrativas, no basta para cumplir ese objetivo lo previsto en el artículo 153 de la Ley 769 de 2002 – Código Nacional de Tránsito Terrestre – respecto a los Inspectores de Tránsito y Transporte, al prever que “Para efectos legales se entenderá como resolución judicial la providencia que impone una pena de suspensión de licencia de conducción”, normatividad respecto de la cual la alta Corte - en la sentencia C-712 de octubre 7 de 2009 - se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo sobre su constitucionalidad, por ineptitud sustancial de la demanda, pero en sus consideraciones esgrimió que

“...no se puede ocultar que el precepto es de difícil entendimiento, por lo cual la interpretación gramatical no resulta idónea para esclarecer su contenido. Sin embargo, por aplicación del principio *sedes materiae*, según el cual “la atribución de significado a un enunciado dudoso se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte”, bien puede concluirse que en el artículo 153 de la ley 769 de 2002, no se está confiriendo poder judicial a la autoridad administrativa y menos aún, poder para imponer penas...como última disposición del capítulo, la norma objeto de acusación, según la cual para efectos legales se entiende como resolución judicial, la providencia que impone la pena de suspensión de licencia de conducción. Esta descripción del capítulo en el cual se encuentra inserta la disposición acusada, permite establecer: i) que debe existir una prueba sobre la condición de embriaguez, la cual se convierte en una suerte de prueba pericial sustancial para acreditar la situación de facto que se evalúa; ii) que además de las sanciones penales, quien haya causado daños o se haya prestado a la fuga, recibirá pena accesoria de suspensión de licencia de conducción por un término fijo; iii) y que, conforme lo indique el instituto con competencia para determinar los grados de alcoholemia,

cuando se incurra en una u otra situación, podrá imponerse también la sanción administrativa de suspensión de licencia de conducción, por períodos más o menos largos, teniendo como agravantes el haber causado o no daños, la reincidencia y el haberse dado a la fuga. Tales conclusiones ponen de presente que aunque la suspensión de la licencia de conducción se puede decretar en la sentencia penal que condena por el daño causado sobre bienes jurídicos especialmente protegidos por el ordenamiento, como ocurre con la vida humana y los bienes (art. 151 de la ley 769 de 2002, en concordancia con los artículos 43 numeral 5º y 48 del Código penal), también dicha restricción puede ser impuesta por la autoridad de tránsito, al concluir el procedimiento sancionatorio administrativo, por un término que oscila, según el caso, entre dos y diez años (art. 152 de la ley 769 de 2002)...

Por ende, concluyó que

“...la suspensión de la licencia de conducción tiene dos modalidades: como sanción *administrativa*, cuando se impone por causa de infracciones de tránsito, y, como sanción *penal* en las hipótesis previstas en el Código Penal. Y esto significa que en aquellos casos en los cuales se imponga la sanción de suspensión de la licencia de conducción como *pena*, es decir, por conductas tipificadas como delito en el Código Penal (vgr. artículos 265, 109), la decisión es de naturaleza *judicial*, para distinguirla de las demás hipótesis en las cuales la sanción es de índole administrativa... desde la interpretación armónica con el ordenamiento jurídico en general, establecer que para efectos legales se entienda como resolución judicial la providencia que impone una pena de suspensión de licencia de conducción, no puede significar cosa distinta a lo que se ha dicho, pues así se desprende de lo establecido en el orden constitucional. Porque nadie puede ser juzgado sino ante juez o tribunal competente (artículo 29 constitucional y 6º del Código penal), lo cual supone que bajo ningún concepto a las autoridades administrativas les podrán ser atribuidas funciones jurisdiccionales relacionadas con la instrucción de sumarios ni el juzgamiento de delitos (artículo 116, inciso 3º Constitución Política y artículo 13 de la Ley estatutaria de administración de justicia). Lo dicho sin descontar que tal interpretación resulta coherente con lo previsto en el propio Código Nacional de Policía donde se precisa que frente a la función punitiva del Estado, el servicio de policía sirve sólo como auxiliar técnico y de prevención del delito (artículo 5º), que ninguna autoridad de policía puede imponer medidas correctivas distintas de las previstas en el mismo Código (art. 187), que los alcaldes o quienes hagan sus veces, podrán imponer la suspensión de licencias como sanción a la contravención de policía, basada en el incumplimiento de las condiciones para su ejercicio (art. 214). Competencias que representan la función de policía, que autorizan la aplicación de medidas correctivas, pero que bajo ningún concepto facultan a estas autoridades administrativas la aplicación de sanciones de carácter penal. Por lo anterior, se debe concluir que lo que se construye en el art. 153 de la Ley 769 de 2002, es la reiteración de que sólo mediante resolución judicial, entendiéndose de naturaleza penal, se puede imponer como “pena” la suspensión de licencia de conducción...”.

Bajo tales derroteros jurisprudenciales resulta claro que la sanción impuesta – en este caso, por una autoridad administrativa - no puede entenderse emitida en el marco de un “ejercicio de funciones judiciales asignadas excepcionalmente”, pues dicha facultad – en punto a la prohibición de conducir vehículos aún con la licencia suspendida – no supera el plano administrativo que - por supuesto - puede ser objeto de otras sanciones, pero no entenderse que su contenido tenga implícita la función jurisdiccional en cabeza de la autoridad de policía, porque en materia de sanciones – como la prohibición de conducir vehículos – está limitada exclusivamente al competente funcionario judicial al momento de emitir una sentencia, así que difícilmente el comportamiento reprochado a John Deywinson Velásquez Rodríguez tampoco podía enmarcarse por este motivo en la adecuación típica prevista por el legislador en el artículo 454 de la Ley 599 de 2000, o sea, se trató de un comportamiento atípico al no superar el plano administrativo y no catalogarse como una función jurisdiccional ejercida por la autoridad de policía.

En consecuencia, debió absolverse a John Deywinson Velásquez Rodríguez por la ostensible atipicidad de la conducta reprochada.

Atentamente,


JUAN CARLOS DIETTES LUNA
Rama Judicial
Magistrado Sala Penal
República de Colombia
Tribunal Superior de Bucaramanga



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

Radicado: 68081-6000-135-2012-00660-01

Aprobado Acta No. 500

Bucaramanga, nueve (9) de junio de dos mil veintidós (2022)

1. Asunto

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y la defensa de Martín Rueda Guerrero contra la sentencia proferida el 6 de agosto de 2019 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Barrancabermeja, mediante la cual lo condenó como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

2. Hechos

De acuerdo con la acusación, el 31 de mayo de 2012 se presentó denuncia contra Martín Rueda Guerrero por posiblemente realizar el 27 de mayo de ese mismo año actos sexuales diversos al acceso carnal a la menor de 3 años de edad K.V.CH.G., específicamente, tocarle la vagina mientras esta última se encontraba en el inmueble de su abuela materna. Se comunicó que desde cuatro años atrás, el señor Rueda Guerrero era el compañero sentimental de la abuela de la menor, siendo conocido por la pequeña.

3. Antecedentes procesales

3.1. El 11 de junio de 2012¹ ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Barrancabermeja se legalizó la captura² de Martín Rueda Guerrero y formuló imputación como autor del delito de actos sexuales

¹ Carpeta 1. Folio 4.

² En virtud de orden de captura.

con menor de catorce años agravado -artículo 209, 211 #5 del Código Penal-. El imputado no se allanó a los cargos. Se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión³.

3.2. La Fiscalía radicó escrito de acusación y su conocimiento lo asumió el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Barrancabermeja. La audiencia de formulación de acusación se realizó el 12 de septiembre de 2012⁴. La preparatoria el 12⁵ y 17⁶ de junio de 2013, última en la que se decretaron e inadmitieron pruebas, pero decisión que se revocó, en lo que fue objeto de apelación, por este Tribunal el 18 de diciembre siguiente⁷. El juicio oral se hizo en sesiones⁸ del 22 de abril, 25 de julio de 2014, 28 de julio, 19 de octubre de 2015, 17 de enero de 2017, 13 de abril, 22 de noviembre de 2018, 20 de junio y 31 de julio de 2019, en la que se emitió sentido del fallo de carácter condenatorio y se corrió traslado a las partes del contenido de que trata el artículo 447 del C.P.P.

4. La sentencia apelada

4.1. La juez de primera instancia emitió sentencia el 6 de agosto siguiente, mediante la cual condenó a Martín Rueda Guerrero a la pena principal de 160 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por el mismo término de la privativa de la libertad, el encontrarlo autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de prisión.

Consideró que la valoración de las pruebas permitió acreditar en el grado de conocimiento exigido por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, que el acusado Rueda Guerrero realizó actos sexuales consistentes en el uso de su dedo en la vagina de la menor K.V.CH.G. -lo cual le provocó con la uña laceraciones al nivel del “capuchón del clítoris”-, quien para el año 2012 contaba con 3 años de edad. También se afirmó que el procesado se valió de la confianza depositada por la víctima, por ser el “abuelastro”, y gracias a que los progenitores de la pequeña la dejaban en ese inmueble al cuidado de su abuela materna –esposa del acusado-.

³ El 11 de septiembre de 2017 el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Barrancabermeja ordenó la libertad, por vencimiento de términos, de Martín Rueda Guerrero. (Carpeta 4. Folio 18).

⁴ Carpeta 2. Folio 26.

⁵ Carpeta 2. Folio 111.

⁶ Carpeta 2. Folio 132.

⁷ Carpeta 2. Folio 180.

⁸ Carpeta 2: folios 200, 221. Carpeta 3: folios 38, 55, 236. Carpeta 4: folios 35, 60, 115 y 118.

5. Recurso de apelación

5.1. Ministerio Público⁹.

Argumentó que la juez de primera instancia: (i) realizó una indebida valoración probatoria al entender algo que la prueba no decía y, (ii) fundamentar su conocimiento en prueba de referencia que está absolutamente prohibida dentro del sistema procesal penal, pues insistió que no existe una sola prueba que indique que la menor en algún momento estuvo con Martín Rueda Guerrero a solas o que tuvo oportunidad de realizar los supuestos tocamientos y tampoco se contó con una prueba de naturaleza directa que permitiera concluir que esta persona es el autor de la conducta.

Consideró que:

a) no se dio credibilidad a la versión dada por el tío de la menor Mauricio Ricardo Imitola Martínez y algunos vecinos que acudieron como testigos al juicio oral e informaron que para la fecha de los hechos observaron que la menor se cayó del “machín machón”, pues se descartó ello por la manifestación realizada por la pequeña en la que dijo no recordar haberse caído de un “machín machón”, pero no se tuvo en cuenta que también afirmó no recordar a “Martín” o saber quién era y, la situación que se descartó explicaría que cuando sus padres y su tío Imitola Martínez le preguntaron qué le había pasado, la menor manifestó “Machín”, no “Martín”, y nunca lo señaló de manera directa;

b) existió un mal procedimiento y falta de pericia en la médico que atendió a la menor en el servicio de urgencias que originaron contradicciones en el informe rendido por esta profesional de la salud, con poco soporte científico, especulativo y basó el diagnóstico en referencias realizadas por los padres que no pudieron ser corroboradas en sede de juicio oral y sin que realizara una verdadera entrevista a la menor que la hubiera podido orientar en ese sentido; sin embargo, en gracia de discusión, que por el sangrado activo o rutilante que se dictaminó es poco factible que el acusado la haya tocado, le hubiera causado esas lesiones y con posterioridad a 3 horas o más, las mismas, pese a ser tan leves y causadas con una uña, siguieran ocasionando sangrado. De otro lado, y contrario de lo dicho por médico general, el perito forense de la fiscalía Ariel Moya Portilla emitió conclusiones diferentes a las ofrecidas por esta profesional, pues no encontró las fisuras descritas previamente.

⁹ Carpeta 4. Folio 144 a 158.

En este mismo aspecto, que se creyó la explicación frente a que las laceraciones se presentaron media hora antes de practicarse el examen, no obstante, se estableció que la víctima máximo pudo estar donde su abuela –donde vivía el acusado– hasta las 8 de la noche, transcurriendo entonces 3 horas como mínimo;

c) la investigadora de la fiscalía “sugestionó” las respuestas del tocamiento en virtud de señalamiento previamente realizado por sus progenitores y no por esta, en el entendido que no había realizado manifestación en este sentido y luego no ahondó en ello, como tampoco en las verdaderas respuestas que suministró la pequeña; entonces, lo anunciado correspondió al relato de los padres, expuesto por una investigadora, pero nunca fue lo aludido por la menor presunta víctima.

A su vez, de la entrevista de la víctima se extraen detalles frente a un abuelo que la baña “*allá arriba en mi casa*”, siendo relevante recordar que la niña vivía para ese momento con su abuelo consanguíneo, es decir, con el señor Edison Guerra y no con su abuelastro el señor Martín Rueda Guerrero, lo que genera duda respecto a si se refería a los hechos juzgados o vivencias al interior del inmueble que habitaba y que resulta importante poner de presente para ser analizada, pues también se contó con testigos que afirmaron observar al acusado para la tarde que interesa afuera de su casa atendiendo el puesto que tenía de venta de empanadas y confirman que la menor no estuvo con él.

Solicitó revocar la sentencia y absolver al acusado.

5.2. Defensa¹⁰.

Inconforme, insistió que la fiscalía no pudo desvirtuar la presunción de inocencia porque en el juicio oral se acreditó un verdadero accidente que tuvo la víctima el día de los hechos al caerse en un parque y lastimarse en sus partes íntimas con el “machín machón”, que desató toda una confusión ante la desesperación de sus progenitores al verla llorando y ante el sangrado, así como relacionar la palabra “machín” que la menor repetía con el nombre “Martín”, siendo su abuelastro que ni estaba en el lugar de los hechos y mucho menos ese día había tenido contacto con la menor, pues esta última siempre estuvo con su abuela entregando los pedidos de las empanadas, y luego se dirigió al parque y allí se cayó del “machín machón”; la

¹⁰ Carpeta 4. Folios 159 a 168.

abuela la auxilia y la menor le manifiesta dolor, acto seguido se fue para la casa a entregar su nieta (menor víctima).

Advirtió que no se realizó una verdadera investigación y se procedió a iniciar el proceso penal por un malentendido en virtud de simples referencias y manifestaciones que los padres de la pequeña le realizaron a la profesional de la salud que la atendió el día de los hechos en el puesto de salud, pero versión con la que nunca se contó en juicio oral y que no dio la menor en lo que interesa; a su vez, el dictamen realizado por esta profesional de la salud fue descartado por el perito de medicina legal y no se practicó o incorporó medio de conocimiento.

Por lo anterior, petitionó revocar la sentencia y emitir una absolutoria.

6. Consideraciones de la Sala

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 existencia material del hecho punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado y la responsabilidad penal del acusado Martín Rueda, como autor, tal y como lo concluyó la juez de primera instancia.

6.3. Del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

El artículo 209 del C.P., modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008 (vigente para la fecha de la probable comisión de los hechos), dispone:

“ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.”

A su vez, el artículo 211, numeral 5, de la misma norma establece:

“ARTICULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

5. <Numeral modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre. (...)”

6.4. Caso en concreto:

6.4.1. Se incorporaron como estipulaciones probatorias la plena identidad del acusado y la minoría de edad de K.V.CH.G., para la fecha de los hechos¹¹.

En lo que es objeto de censura, **Esmeralda Otero Álvarez**¹², médica y cirujana general, manifestó que el 27 de mayo de 2012 a las 22:20 horas, atendió en el servicio de urgencias de la Empresa Social del Estado de Barrancabermeja a K.V.CH.G., de tres años de edad, quien fue llevada a dicha institución por su progenitor con motivo de consulta “sospecha de abuso sexual”. Expuso que como enfermedad actual consignó en la historia clínica *“paciente con cuadro clínico de aproximadamente media hora, dado por referencia de paciente de ardor en genitales, madre refiere que al bañarla bota sangre por genitales, pero refiere que al interrogar la paciente esta refiere que fue tocada por padrastro”*.

Declaró que procedió a realizar el examen físico y general, en virtud del que, evidenció en genitales “laceración en capuchón de clítoris en número de tres”, esto es, tres laceraciones sangrantes, ubicación hacía la 1, las 3 y las 9 según manecillas del reloj. Explicó: una laceración es una herida que no es tan profunda, una fisura en piel, donde el sangrado se extendía hacía introito vaginal y región vulvar; rutilando, esto es, aún seguía presente emanando sangre y no había signos de coagulación “como para pensar que era muchas horas”. Describió a la menor nerviosa y en llanto “al interrogatorio” cuando le hacían preguntas por parte de la mamá, el papá y ella como médico en el recinto, lugar donde también se encontraban “dos policías de menores”.

Concluyó como “diagnosticó” *“abuso sexual a menor de edad”* porque: (i) el motivo de consulta: *“el padre de la menor es muy claro y lleva a la menor por sospecha de abuso sexual”*; (ii) la evidencia al examen físico, *“un examen muy*

¹¹ Audiencia de juicio oral del 19 de octubre de 2015. Parte 1.

¹² Audiencia de juicio oral del 25 de julio de 2014, minuto 04:05 a 02:20:00.

evidente, muy contundente para pensar que en efecto sí se trató de abuso sexual y no un caso de traumatismo o alguna otra cosa"; (iii) la referencia *"manifiesta por parte de la víctima"*, dado que era una niña de 3 años, pero lo *"poco que podía expresar dentro de la coordinación que ella podía, era eso"*. Que descartó un caso de traumatismo en genitales por golpe con un galápago de una bicicleta, caída en columpió o "machín machón" por los anteriores "elementos importantes", los sintetizó, el motivo de consulta, la referencia que hace la menor y la misma madre de la paciente que le manifestó que la niña le dijo que le ardía y cuando la bañó notó el sangrado en los genitales y, porque en el examen físico no encontró edema como "para pensar el golpe directo". A continuación, refirió que le suministró 8 cm de acetaminofén por dolor que manifestó la menor en sus genitales, procedió a tomar muestras propias que exige el protocolo para delitos sexuales y dejó en cadena de custodia las mismas. Se incorporó historia clínica consistente en 4 folios y un dibujo a mano alzada como evidencia demostrativa.

Posteriormente¹³, agregó que en el informe no dejó plasmado que la lesión consistente en las laceraciones que halló solo podía ser causadas por una uña, pero manifestó ello en el juicio oral por la característica de lesión, dado que al ser laceración podía ser causada por un objeto "cortante" o por una mano, específicamente, una uña de un dedo; así, insistió que por esta razón descartó que la misma fuera propiciada por cualquier mecanismo de causa de trauma como columpio, bicicleta y "machines"; que también puede ser ocasionadas por un "pene". Afirmó que la lesión era reciente, contabilizó su causa media hora antes.

Claudia Patricia Camargo Cáceres¹⁴, psicóloga adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, realizó el 6 de junio de 2012 valoración psicológica a la menor K.V.CH.G, en virtud de lo que concluyó que se trató de una niña de género femenino que vive en un hogar compuesto por la madre, el padre y el abuelo paterno; con establecimiento de adecuadas relaciones a nivel intrafamiliar, redes de apoyo y vínculos afectivos estrechos; que acudió acompañada por su madre, llegó oportunamente, relató sucesos de su vida en familia y "los atinentes a los hechos investigados" en actitud de timidez y de coherencia en el lenguaje teniendo en cuenta la edad cronológica, con normalidad en sus capacidades mentales superiores, acordes con su edad cronológica.

¹³ Su testimonio se suspendió por un recurso de queja que presentó la defensa frente a la decisión que negó el recurso de apelación contra la decisión que admitió prueba demostrativa y continuó el 28 de julio de 2015.

¹⁴ Audiencia de juicio oral 28 de julio de 2015, parte 1: minuto 23:40 a 47:47.

Aseguró que la niña manifestó que una persona de género masculino le tocó sus partes íntimas, pues durante el “discurso” adujo: *“Mi mamá me estaba bañando y yo tenía sangre ahí (señala con su mano la vulva), me llevó donde el médico”*; aseveración por la que indagó y respondió: *“el marido de mi abuela (la niña no sabe el nombre) me toco ahí (señala nuevamente con su mano la vulva) y eso me dolió mucho.”* En este aspecto, refirió que del análisis afectivo la menor se encontraba tímida para la narración de los hechos, pero después de preguntarle más cosas, pudo narrar lo ya transcrito que, consideró, fue “breve y conciso”, pero advirtió que le preguntó a la menor si sabía el nombre del posible agresor ante lo que ella contestó que no lo sabía. Decidió remitirla a “medicina legal” para que se proporcionara información específica y, conceptuó coexistencia lógica entre lo verbal y no verbal. Se incorporó informe de valoración psicológica¹⁵.

Luis Enrique Herrera Reyes¹⁶, patrullero de la Policía Nacional, adscrito al grupo de “actos urgentes”. Sostuvo que el 31 de mayo de 2012 recibió denuncia por delito sexual instaurada por Jhon James Chona Sepúlveda. Reseñó que en la misma se puso en conocimiento hechos acaecidos el 27 de mayo de 2012 contra su menor hija K.V.CH.G, consistente en que ese día la “dejaron” al cuidado de su abuela y cuando la recogieron, la llevaron a la casa, la mamá la fue a bañar y se dio cuenta que la niña presentaba un sangrado en la parte vaginal, quien manifestó que le ardía, le dolía, motivo por el que la llevaron al puesto de salud y los médicos indicaron que al parecer había sido víctima de un delito sexual. El denunciante le indicó que la menor señalaba al abuelastro, persona que informó residía con la abuela materna y aportó sus datos de identificación. El 7 de junio de 2012 realizó informe ejecutivo en virtud de labores consistentes en solicitud de valoración y examen psicológico, así como labores de vecindario que permitieron identificar plenamente al acusado. Se incorporó el informe.

Ariel Moya Portilla¹⁷, médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Suscribió informe técnico médico legal sexológico por valoración realizada a la menor K.V.CH.G., el 1 de junio de 2012, en el que consignó como anamnesis: *“refiere la madre que la niña la habían dejado con la abuela materna y cuando la fui a buscar noté que la niña sangraba por la vagina y la llevé al puesto de salud y le hicieron exámenes y dijeron que la niña presentaba tres fisuras. La niña le comentó que un señor (marido de mi mamá) la tocó”* aclaró, siendo esto solo lo que la progenitora de la examinada afirmó. No observó huellas de lesión reciente que permitieran fundamentar una incapacidad médico legal

¹⁵ Carpeta 3. Folios 39 a 42.

¹⁶ Audiencia de juicio oral 28 de julio de 2015. Parte 2: minuto: 03:00 a 34:32.

¹⁷ Audiencia de juicio oral 19 de octubre de 2015. Parte 2: minuto: 00:43 a 333:53.

y al examen genital presentó normoconfigurados para la edad, himen anular íntegro, no elástico, lo cual indicó que no había sido desflorado.

Como conclusión consignó que observó un leve eritema en introito vaginal que puede corresponder a una pequeña vaginosis bacteriana que son normales a esa edad y se pueden acompañar de rascado manual. No encontró evidencia de lesiones traumáticas en el momento del examen o signos de abuso sexual. Conceptuó que no observó fisura en el introito, sino un eritema que se ocasiona en una capa más externa de la piel; que si hubiese tenido una fisura en el introito vaginal había advertido una cicatrización. El eritema, explicó, se relaciona y es más compatible con la vaginosis bacteriana, porque los menores suelen manipularse y una mucosa tan delicada puede provocar mucho ardor y eso hace que la misma persona se pueda autolesionar porque le puede generar rascado. La lesión externa la catalogó como signo clínico extragenital y en la vaginosis bacteriana es usual en niños con infecciones por hongos influenciada por “pañalitis”, que no haga control de esfínteres y dure mucho con el pañal, también por las altas temperatura, lo que ocasiona un rascado manual que puede desaparecer con higiene.

Agregó que el introito es un término médico el cual se refiere es a la parte externa de la cavidad vaginal, esto es, la puerta de entrada de la vagina y, el eritema es un signo observable que describe como un descubrimiento de la mucosa vaginal, de la capa más superficial que al quitarse adopta una capa rojiza y, los hallazgos que encontró, en probabilidad, se originó por un rascado manual realizado por la pequeña y que le originó la autolesión como mecanismo de defensa ante ese ardor que origina que los niños se manipulen los genitales. Se incorporó dictamen pericial médico legal sexológico¹⁸.

Mauricio Ricardo Imitola Martínez¹⁹, tío de la menor, relató que para la fecha que interesa, sobre las 10:00 p.m., llegó a su inmueble Vanesa (progenitora de la menor) y le dijo a su esposa y a él que si la podía acompañar a su casa un momento porque a la niña le había pasado algo, se asustaron y fueron hasta allá. La menor estaba en el cuarto, subió hasta allí, pero antes le preguntó a su hermana qué había pasado, ella le contestó que mientras estaba bañando a la niña le dijo que le ardía un “poquitico” y cuando terminó de bañarla había botado un poquito de sangre. Acto seguido, él le pregunto a la menor tres veces qué le había pasado, quién le había hecho eso y ella le contestó en esas tres veces “Machín”. Decidieron llevarla al puesto

¹⁸ Carpeta 3. Folio 58 y 59.

¹⁹ Audiencia de juicio oral 19 de octubre de 2015. Parte 3: minuto: 00:31 a 28:41.

de salud porque la niña venía de donde la abuela y relacionaron la respuesta “Machín” que ella decía con “Martín”, el nombre de la pareja de la abuela materna, sin que para ese momento logran relacionarlo con otra cosa. En el puesto de salud, el papá salió y le informó que la doctora había dicho que a la niña la habían lastimado con una uña, llamaron a infancia y adolescencia.

Afirmó que luego se enteraron por manifestación de la abuela de la niña que ese día ella se la llevó en la tarde a entregar unas empanadas y se puso a jugar en el parque con un niño de nombre “Brayan”, el niño la subió al “machín”, no quiso jugar más y se quitó, lo que le generó un golpe por el que la menor lloró como media hora; manifestación en la que advirtió lo que la menor posiblemente quería decir al decir “Machín”, pero decidió esperar como avanzaba el proceso, solo corroboró con la mamá del niño, quien le confirmó ese episodio. La fiscalía impugnó la credibilidad del testigo, concerniente a que en entrevista realizada ante la fiscalía manifestó que cuando le preguntó a la menor quién había sido el responsable, ella le había contestado “Martin”.

A la menor **K.V.CH.G.** -de 7 años de edad para su declaración- se le realizaron, mediante defensora de familia, unas preguntas en virtud de cuestionario presentado por las partes. Contestó, en lo que interesa para la resolución del asunto, que para el año 2012 vivía con su abuelo, su mamá y su papá, pero no recordó cómo se llama su abuelo. Que iba a la casa de su abuela Maribel donde vivía sola, donde ella le daba cosas. Cuando se le indagó cómo se llamaba el esposo de su abuela, afirmó “no recuerdo” y, específicamente, se le realizó la pregunta ¿quién es Martin?, pero dijo que no sabía, que no recordaba casi, sí había escuchado el nombre de Martin, pero su abuela se consiguió otro “marido” y no sabe ahora donde está, dónde vive.

Específicamente, la menor contestó: **“Defensora: ¿tú abuelo Martín cómo era? K.V.CH.G.: no me acuerdo casi. Defensora: ¿tú no recuerdas a tu abuelo Martín? K.V.CH.G.: no. Defensora: ¿tú no te acuerdas cómo era él? K.V.CH.G.: no. Defensora: ¿tú cuando ibas a donde tu abuela, tu abuela vivía con Martin? K.V.CH.G.: no me acuerdo. Defensora: ¿quién era Martín? K.V.CH.G.: no me acuerdo. Defensora: no recuerdas quien era Martín. K.V.CH.G.: no. Defensora: ¿Martín era el esposo de tu abuela? K.V.CH.G.: sí, pero fue cuando mi abuelo se murió, que mi abuelo se murió, mi abuela consiguió otro esposo. Defensora: ¿cuándo tu abuelo se murió, tu abuela se consiguió otro esposo, su primer esposo de abuela quién era? K.V.CH.G.: no era Martín. Defensora: Entonces quien era Martín. K.V.CH.G.: el segundo novio que se consiguió.** También informó que no recordaba haberse caído del “Machín Machón”.

Diana Rosero²⁰, funcionaria de la policía nacional, adscrita al grupo de infancia y adolescencia, entrevistó a la menor el 4 de junio de 2012, en compañía de defensora de familia. Reseñó que arribó acompañada por sus padres, quienes previamente le resumieron que la persona que había tocado a la niña era el abuelo. Le preguntó a la menor si recibió besos, caricias o abrazos que no le hayan gustado, a lo que movió la cabeza de arriba hacia abajo indicando sí, pero cuando le preguntó que dijera algo más no procedió a decir nada más. Cuando le indagó por las partes íntimas de la mujer se rio, bajó su cabeza y en el lapso de 2 minutos mencionó en voz bajita “cuquita”. Al momento de mencionar la parte íntima del hombre se rio, dijo no saber su nombre y evadió el tema.

Señaló con un color azul las partes del cuerpo humano en una gráfica, específicamente, los senos, el ombligo, vagina y le dijo que hablara más de eso, ante lo que dijo: *“el (refiera a su abuelo)”*. Acto seguido, le preguntó que le hablara de su abuelo, contestó: *“el toma pastillas, y con las manos y los dedos me toca la cuquita, el ombligo y las tetas y el me bañaba, cuando él se estaba bañando en el baño allá arriba en mi casa le cayó mucha agua, pero el día que me bañó mi mamá me salió sangre por la cuquita”*. Inmediatamente, le preguntó que qué había sentido, ante lo que respondió *“me dolió, me tocó con las manos y los dedos me tocó aquí (señalando con su mano izquierda la vagina) y manifiesta también notando en su rostro gestos desagradables, y repite nuevamente que le dolió mucho y que le sacaba muchas sangra mucha sangre”*. Continuó con la pregunta: *¿cuéntame en qué casa sucedió?* pero se quedó callada y no manifestó nada más, dijo que estaba aburrida y se levantó.

La menor manifestó que vivía en su casa con la abuela, el papá, la mamá y el abuelo, pero aseguró, no haber indagado más, por ende, no supo si era el abuelo que vivía con ella o la pareja de la abuela. No mencionó el nombre del abuelo.

Como testigo de la defensa, **Marta Mejía**²¹ manifestó ser vecina de Maribel Ortiz y el acusado. Relató que el día que interesa estaba sentada frente a su casa y vio a Martín Rueda Guerrero “desde por la tarde afuera de su inmueble vendiendo empanadas”. Refirió que Maribel Ortiz se fue en una bicicleta a entregar empanadas con la niña K.V.CH.G. desde la tarde y cuando regresaron sobre las 7:30 pm a 8:00 p.m. los padres de la pequeña se la llevaron, que en ningún momento “Maribel” dejó sola a la niña porque se la llevaba para lado y lado. La menor permanecía con el

²⁰ Audiencia de juicio oral 17 de enero de 2017. Minuto: 04:40 a 28:41.

²¹ Audiencia de juicio oral, sesión del 18 de abril de 2018, minuto 02:00 a 40:52.

verdadero abuelo, este es, el papá de la progenitora de “Vanessa” –madre de la menor- que vivía cerca; informa que para ese día supo que la niña se había caído en el parque, pero aseguró que ese hecho no lo presenció. Respondió que no vio a la pequeña desde las 2:00 p.m. hasta las 8:00 p.m. y en los recorridos que realizó “Maribel” con la niña sí había un parque con columpios.

Nubia Villamizar Ramírez²² relató que ese día su hermana “Maribel Ortiz” llegó a su casa a ofrecerle unos “fritos” en una bicicleta con la niña que es hija de “Vanessa”, momento en el que la pequeña de 3 años se fue a montar a los columpios del parque que queda cerquita a su inmueble, a unos 10 metros de distancia, allí se subió junto con otro niño de la señora “Virginia” en el “machín machón” -explicó que es un juego que sube y baja-, pero cuando el pequeño se bajó la niña quedó montada en la parte de arriba y se cayó. Lloró, decía “abuelita, me duele, me duele”, la revisaron, pero no le vieron ningún golpe y sobre las 5:30 pm a 6:00 pm se fue a llevar a la nieta a donde la mamá. Contó, que luego le reprochó a su hermana por qué no le había contado a su hija que la niña se había caído ese día.

Finalmente, **Deinis Egea Torres**²³ afirmó conocer al acusado y su esposa “Maribel” por ser vecina de ellos; a su vez, porque vive al lado de la casa de la hermana de esta última de nombre “Nubia”. Ese día se encontraba en la casa desde las 5:00 p.m. y “Maribel” le llevó unos “fritos” con su sobrina, instante en el que la niña se fue para el parque, luego gritó porque se cayó de un columpio, salieron a auxiliarla, la recogieron, seguía llorando diciendo que le dolía, le dolía. No vio caer a la menor, no le encontraron sangre en el cuerpo, morados. Se enteró que acusaron a Martín porque la niña dijo “Machín” y, en ese instante recordó el evento de la caída.

6.4.2. Según la sentencia apelada, la juez de primera instancia estructuró el conocimiento exigido por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para condenar, luego de: **(i)** otorgar credibilidad y valor suasorio al examen practicado por la doctora Esmeralda Otero, adscrita a la Empresa Social del Estado de Barrancabermeja que atendió a la menor el 27 de mayo de 2012 y que “determinó” “que había sido sometida a un acto sexual”; **(ii)** descartar el concepto emitido por el perito de medicina legal Ariel Moya Portillo que concluyó no encontrar hallazgo en este sentido y conceptuó una vaginosis bacteriana en la menor y; **(iii)** concluir que el concepto al que le otorgó credibilidad converge con lo manifestado por la misma

²² Audiencia de juicio oral, sesión del 22 de noviembre de 2018, minuto 01:26 a 31:32.

²³ Audiencia de juicio oral, sesión del 20 de junio de 2019, minuto: 03:26 a 31:38.

menor “que era objeto de tocamiento en su vagina por su abuelo o esposo de su abuela”.

Frente al primer asunto, debe decirse que la profesional de la salud Esmeralda Otero expuso que el 27 de mayo de 2012 sobre las 22:20 horas, valoró a la menor K.V.CH.G y al examen genital encontró “*laceración en capuchón de clítoris en número de tres*”; específicamente, que fueron tres laceraciones sangrantes, ubicación hacia la 1, las 3 y las 9 según manecillas del reloj. Una laceración, según explicó en el debate público y oral, es una herida que no es tan profunda, una fisura en piel y, en este caso, el sangrado se extendía hacia introito vaginal y región vulvar, sin signos de coagulación.

Luego, el 31 de mayo de 2012 -4 días después de la valoración realizada por la Doctora Esmeralda Otero- el médico Ariel Moya Portilla, adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, conceptuó que del examen genital realizado a la menor K.V.CH.G, observó fue un leve eritema en introito vaginal, que podía corresponder a una pequeña vaginosis bacteriana que son normales a esa edad y pueden originar que los menores se rasquen y autolesionen; a su vez, contrario a lo que había observado y concluido su colega, respondió que no encontró evidencia de lesiones y signos compatibles con abuso sexual, es más, expuso que si hubiese tenido una fisura en el introito vaginal había advertido una cicatrización.

Así, el debate contó con la manifestación de dos profesionales de la salud que valoraron a la menor y advirtieron hallazgos al examen genital, pero que emitieron conclusiones distintas a sus posibles causas, ya que mientras la primera de ellas afirmó hallar tres laceraciones sangrantes que originaron un “diagnóstico” de “abuso sexual”, el adscrito a medicina legal explicó que lo que encontró fue un leve eritema en introito vaginal que se pudo causar por autolesión por pequeña vaginosis bacteriana.

A juicio de la Sala, no existen elementos para “desechar”, como lo concluyó la juez de primera instancia, el segundo concepto emitido por el médico forense Ariel Moya Portilla y, tampoco es que contradiga el emitido cuatro días antes por su colega, pues como se advertirá, los profesionales sí encontraron hallazgos en el examen genital de la menor, pero arribaron a diferentes conclusiones frente a sus causas.

La primera profesional de la salud advirtió un sangrado que conceptuó: era consecuencia de las tres laceraciones que encontró, pero adviértase que, según la

historia clínica que se incorporó al debate se consignó en tal documento que la menor además del sangrado también ingresó por que refirió ardor en sus genitales y, este ardor fue uno de las causas que conceptuó el médico Ariel Moya Portillo cuando explicó que ello origina que los menores se autolesionen.

Ahora, la médico Esmeralda Otero explicó que este tipo de laceraciones no lograron ser ocasionadas por un golpe contundente, sino por la uña de un dedo, pero resulta que esta conclusión también encuentra explicación en el concepto que emitió el medico legista al explicar que este enrojecimiento también se puede ocasionar por la menor como mecanismo cuando se rasca con sus dedos ante el ardor de sus genitales.

Tampoco es posible descartar el concepto emitido por el médico forense como lo indicó el *a quo*, por no tener en cuenta para su labor la historia clínica de la examinada, porque ello no implica automáticamente que el examen genital que realizó hubiese sido diferente. Y es que esto último llama la atención de la Sala, porque no revela que el médico forense no haya encontrado el hallazgo que hizo su colega y ello implicara contemplar dudar de su concepto, solo que, en su la valoración encontró fue una posible autolesión de la pequeña en virtud de la vaginosis bacteriana que encontró en la paciente.

Entonces, al no descartarse este segundo concepto, el mismo se torna relevante para desvirtuar o poner en duda el diagnóstico que emitió su colega, porque adviértase que comparte la misma posible causa de la lesión -la uña de un dedo de la mano- pero no por atribuirlo exclusivamente a un acto sexual, sino a una autolesión que al rascarse puede ser generada por la misma niña.

Así, no es posible cobijar, más allá de duda razonable, la primera conclusión a la que arribó la primera instancia, pues los hallazgos realizados por la doctora Esmeralda Otero no permiten acreditar técnicamente o superar una inferencia frente a que la menor K.V.CH.G definitivamente fue víctima de abuso sexual; aunado a ello, tampoco es posible acoger un diagnóstico de “abuso sexual a menor de edad” porque tal conclusión fue realizada por la profesional de la salud a partir de información que le comentaron los padres de la menor frente al posible caso de abuso sexual, sin que éstos supieran el origen de la lesión, lo que llevó a que ella conjeturara al momento de establecer el diagnóstico.

La juzgadora de primera instancia también coligió que lo hallado por médico que atendió a la menor en el servicio de urgencias “converge” con lo manifestado por la víctima, concerniente a que era objeto de tocamiento en su vagina por su abuelo o esposo de su abuela. La menor K.V.CH.G. no realizó señalamiento del acusado o manifestación que permita, sin lugar a dudas, identificarlo directa o indirectamente como agresor. En el debate público la pequeña dijo que no recordaba al “marido de su abuela” y fueron varias las preguntas que a través de defensora de familia se le realizaron respecto a “Martin”, pero su respuesta cuando logró recordar el nombre, siempre fue la misma, que era el “segundo novio de su abuela”, sin que expusiera algún evento que corroborara la teoría del caso de la fiscalía.

A su vez, el *a quo* procedió a valorar el “relato” que la menor realizó ante la psicóloga Diana Bustamante, pero, inclusive, en gracia de discusión, el contexto de las respuestas que la menor le dio a este profesional no implica la conclusión a la que arribó. Se concluyó que la pequeña manifestó que “recibió caricias, besos y abrazos que no le gustaron”; sin embargo, estas fueron las respuestas:

*“¿Cuéntame si alguna vez has recibido caricias, besos que no te hayan gustado? Moviendo su cabeza de arriba hacia abajo indicando que Si. ¿Háblame más de eso? La niña se queda en silencio (Utilizando las gráficas del cuerpo humano y sumado un color azul señala los senos, el ombligo y la vagina, tal como lo indica el dibujo del cuerpo humano de la mujer). ¿Háblame más de eso? El (refiere a su abuelo). ¿Háblame sobre tu Abuelo? El (refiere a su abuelo) toma pastillas, y con las manos y los dedos me toca la cuquita, el ombligo y las tetas y el me bañaba, cuando él se estaba bañando en el baño allá arriba en mi casa le cayó mucha agua, pero el día que me bañó mi mamá me salió sangre por la cuquita. **Cuéntame qué sentiste cuando te toco tu abuelo.** Me dolió, me toco con las manos y los dedos me toco aquí (señalando con su mano izquierda la vagina) y manifiesta también notando en su rostro gestos desagradables, y repite nuevamente que le dolió mucho y que le sacaba mucha sangre mucha sangre mucha sangre. **¿Cuéntame en qué casa sucedió?** se queda callada y no manifiesta nada y manifiesta estar aburrida y levantarse).*

De lo relatado por la menor, surge que sí manifestó haber recibido “caricias, besos y abrazos que no le gustaron de su abuelo”, pero su respuesta no acredita que se refiera al “marido de su abuela” que ella identificó en el juicio oral. Nótese, como lo advirtió el ministerio público en la alzada, que acto seguido la menor rememora ese hecho cuando “*su abuelo la bañaba y cuando él se estaba bañando allá arriba en mi casa le cayó mucha agua, pero el día que me bañó mi mamá me salió sangre por la cuquita*”, lo que conlleva a ubicarla en actividades propias de su casa, al interior de la residencia donde habita y mientras se baña, pues inclusive rememora también el baño de su abuelo y el de ella, cuando la mamá al encontrarle sangre la llevó al puesto de salud. Esta ubicación espacial no se puede pasar por alto para el tema que interesa, porque acontece que según se informó por la práctica probatoria, la menor residía para esa fecha en su inmueble con su papá, mamá y abuelo paterno, esto es, otro a quien podía señalar como “abuelo” y, entonces, su referencia no tiene la

suficiente fuerza para probar que ese abuelo era “Martín, el novio de su abuela”, el responsable de los supuestos tocamientos.

Entonces, concluir que la menor informó que su agresor era “el abuelastro” como lo coligió la juzgadora, no surge de la valoración de estos mismos elementos de conocimiento que ahora evalúa el tribunal. No se extrae que tal señalamiento se hubiere realizado y tampoco surge de la valoración de las circunstancias de tiempo, modo y lugar acreditados.

Tampoco se estructura la responsabilidad en el hecho de que ese día la progenitora de la pequeña la dejó al cuidado de su abuela en el inmueble donde residía el acusado. Este aspecto, entre otros, ocupó gran parte del debate, ya que la defensa practicó el testimonio de Marta Mejía, vecina del acusado que informó verlo esa tarde que interesa afuera de su domicilio vendiendo empanadas y, que junto con Nubia Villamizar Ramírez y Deinis Egea Torres, aseguraron que la menor estuvo con su abuela entregando empanadas en una bicicleta.

En este aspecto, resta por abordar una circunstancia que abarcó gran parte de los argumentos de las dos censuras, concerniente a la posible vinculación que se realizó del acusado, porque quienes se encontraban con la pequeña ese día entendieron que ella repitió tres veces “Martín, Martín, Martín”, cuando por su edad y en virtud de suceso que afrontó esa tarde pudo haber dicho “Machín, Machín, Machín”. La Sala debe advertir que esta hipótesis o explicación que surgió en el debate no deviene en la absolución del encartado, pero sí termina de acompañar la conclusión que se adoptará, esto es, que emerge duda frente a su responsabilidad.

Es cierto, según dio cuenta la práctica probatoria, que la vinculación del acusado surgió a partir de una manifestación realizada por la menor víctima al repetir –según la denuncia y declaración inicial de un tío- su nombre cuando se le indagó por la sangre que salía de su parte genital en el momento en el que su progenitora la bañaba. Uno de los familiares, que aseguró presenciar esta manifestación, fue su tío Mauricio Ricardo Imitola Martínez que compareció al debate, puso de presente que le preguntó a la pequeña qué le había pasado ante lo que entendió que ella dijo: “Martín, Martín, Martín” y así fue como, en virtud de impugnación de credibilidad, se informó que eso lo comunicó a la fiscalía luego de presentada la denuncia.

Sin embargo, durante la práctica de su testimonio en el debate público, expuso que con posterioridad se enteró que la pequeña el mismo día de los posibles hechos

-fecha en la que escuchó su respuesta- se había caído del “machin machon” -esta circunstancia también fue reseñada por Nubia Villamizar Ramírez y Deinis Egea Torres, cuando manifestaron que se encontraban hablando con la abuela de la menor y presenciaron este episodio- y por ello, luego concluyó que a lo que verdaderamente se refería su sobrina era a este golpe y no procedió a señalar a “Martín”. Esta particularidad implica que la primera situación que originó la vinculación del procesado al debate termine siendo cuestionada y cobijada de duda por la misma persona que en un principio afirmó ser testigo del señalamiento, a la par, que representaría la falta de valor suasorio del único elemento de prueba directo frente a la responsabilidad penal del acusado que resta por abordar.

Contrario a lo concluido en la sentencia censurada, la Sala no cataloga lo afirmado finalmente por el testigo Imitola Martínez en el juicio oral como una retractación a lo manifestado previamente ante la Fiscalía. El artículo 404 del Código de Procedimiento Penal establece que para apreciar el testimonio, entre otros, se tendrá en cuenta principios sobre la **percepción** y la memoria y, especialmente, lo relativo al naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió. El testigo explicó que con posterioridad dudó si lo que escuchó de su sobrina fue el nombre de la pareja sentimental de la abuela materna de la pequeña, porque encontró explicación en el golpe que se le informó sufrió esa tarde la niña en el “Machín Machón”.

Así, expuso a la judicatura que luego cayó en cuenta que la palabra que emitió la pequeña podría ser la del nombre de ese juego y no la que pensó escuchar. Esta explicación no permite configurar un cambio de su versión o que haya “desdibujado lo que había dicho en el testimonio escrito” – como lo concluyó el a quo- y tampoco se advierte un propósito de realizarlo por favorecer al acusado, porque además, también corresponde a un suceso que, según lo acreditó el debate público, sí aconteció, y ello despeja pensar que se acudió a esta explicación para buscar una coartada que beneficiara al acusado en virtud de la similitud de la palabras, solo se propone que frente a lo que entendió escuchar de su sobrina no podría sin lugar a duda ratificar que fue el nombre del acusado.

Adviértase aquí, como lo destacó el Ministerio Público, que la menor no acompañó su única palabra que ese día dijo tres veces, de otra manifestación que descartara esta posibilidad, y que relacionara el suceso con el “marido de su abuela”.

Esta incongruencia en lo dicho por el testigo y lo referido por la supuesta víctima, no lleva a concluir que el sangrado y lesión que se le encontró a la menor puede ser consecuencia del golpe que sufrió al caer del “machin” o que fuese causado con una uña, porque no implica buscar la causa de la lesión, ya que se expuso en el debate otra posible causa en virtud de una explicación dada por el médico legista.

Tal falta de correspondencia y concreción resulta ser más relevante porque ataca y desdibuja el motivo por el cual se vinculó, desde un inicio, al acusado a las presentes diligencias. Porque existe la probabilidad, de acuerdo con las explicaciones dadas por el tío de la menor, que el señalamiento posiblemente nunca lo realizó la pequeña cuando su tío le preguntó por los hechos que le causaron el sangrado. Si se valora el dicho de la menor durante el debate público, se puede extraer que se refirió al acusado como el novio o esposo de la abuela, pero su rememoración no fue por su nombre, solo respondió cuando la defensora de familia acompañó una pregunta con el nombre Martín, se insiste, mas no fue una palabra que ella dijera sin mencionársela, como para pensar que así lo hizo el día que interesa.

En las anotadas condiciones, solo este testigo principal (tío de la menor) acreditaría el señalamiento del acusado, pero en definitiva éste no lo ratificó, y tampoco lo realizó la menor en el debate público; mucho menos emana de las demás pruebas. En consecuencia, y en respuesta a la censura, conlleva de una vez a concluir que resulta insuficiente la práctica e incorporación probatoria para demostrar, más allá de duda razonable, que Martín Rueda Guerrero es autor responsable del delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años agravado porque, se insiste, no se cumple el nivel de conocimiento exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Ante esta situación se revocará la sentencia apelada y se absolverá al acusado.

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

Resuelve:

Primero. Revocar la sentencia condenatoria proferida el 6 de agosto de 2019 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Barrancabermeja y, en su lugar, absolver a Martín Rueda Guerrero del delito de actos

sexuales con menor de catorce años agravado, de conformidad con lo considerado en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo. Contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de Casación.

Notifíquese en estrados y cúmplase.

Los Magistrados,



Jairo Mauricio Carvajal Beltrán



Paola Raquel Álvarez Medina



Juan Carlos Diettes Luna



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia