

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



ACTO SEXUAL VIOLENTO/ ACTO SEXUAL ABUSIVO/ Diferencias/ *“El acto sexual violento se diferencia del acto sexual abusivo, precisamente porque en el primero se elimina la voluntad de la víctima mediante la violencia, mientras que en el segundo se aprovecha de la condición de indefensión o inferioridad de la víctima.”*

PRINCIPIO CONGRUENCIA/ *“El principio de congruencia debe predicarse desde la formulación de imputación, la acusación y el sentido del fallo, para garantizar el derecho de defensa, contradicción y debido proceso, permitiéndose la variación de la calificación jurídica pero reuniéndose varios presupuestos de los cuales también se ha ocupado la jurisprudencia.”*

SENTENCIA No. 079

MAGISTRADA PONENTE: LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ.

**APROBADO: Acta N° 084 del doce (12) de agosto de dos mil dieciséis (2016).
Art. 30, Num. 4º, Ley 16 de 1968.**

Tunja, lunes veintidós (22) de agosto de dos mil dieciséis (2016) (2:00 pm)

Proceso Nro. 151766000110200900366 (2013-0088)

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Tercera Sala de Decisión Penal de este Tribunal, se ocupa en esta providencia de resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la

Sentencia No. 0 Rad. 030523
M.P. Luz Angela Moncada Suárez.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

Fiscalía, contra la sentencia proferida el dieciocho (18) de diciembre de 2012 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, mediante la cual se absolvió a JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA por el delito de actos sexuales con menor de catorce años.

HECHOS

El lunes festivo quince (15) de junio de dos mil nueve (2009), aproximadamente a las dos y cuarenta y cinco de la tarde (2:45 p.m.), cuando la menor V.P.F.R.¹ transitaba por frente a la carpintería ubicada en la carrera 6 A Nro. 4-04 barrio El Bosque de Chiquinquirá, camino a una tienda donde compraría el pan que le había mandado llevar su mamá, JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA, el carpintero, la llamó para mostrarle un rompecabezas, y cuando estaba dentro del taller, la agarró por la fuerza, la trasladó al baño, donde la tocó en diferentes partes de su cuerpo por encima de las prendas de vestir, tocamientos que fueron rechazados por la menor, quiso desapuntarle el pantalón pero no pudo porque la menor no se dejó, se sacó el miembro viril y la obligó a tocárselo con las manos, siendo sorprendido por su esposa LUZ MARINA ACOSTA DE ESCALA cuando realizaba tales actos, quien agredió a los dos de obra y de palabra, haciendo que la menor se cayera cuando salió corriendo, dirigiéndose a su casa donde de inmediato le contó lo sucedido a su progenitora, quien salió con su esposo hacia el taller donde le reclamaron al agresor por su conducta, acudiendo al lugar la policía quien trasladó a ESCALA SIERRA hasta la Estación de Policía dejándolo en libertad horas más tarde.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACION DEL PROCESADO

JOSE EUDILIO ESCALA SIERRA, identificado con C.C. No. 4.094.819 de Chiquinquirá, nacido en Briceño Boyacá el 28 de noviembre de 1945, hijo de FRANCISCO ESCALA y TRINIDAD SIERRA, casado con LUZ MARINA ACOSTA, de profesión carpintero, con estudios hasta segundo de primaria, residente en la carrera 6 Nro. 4-04 barrio el Bosque de Chiquinquirá, de 64 años de edad para la fecha de los hechos investigados.

¹ El nombre de la menor se reserva en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 47 y 193-7 de la ley 1098 de 2006, y regla 8 de las Reglas de Beijing.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia del 6 de febrero de 2012, el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Chiquinquirá ordenó librar orden de captura en contra de JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA, previa solicitud de la Fiscalía 26 Seccional de Chiquinquirá²; legalizándose la captura en audiencia del 8 del mismo mes y año, donde la Fiscalía le formuló imputación por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, previsto en el artículo 209 del C.P., modificado por el artículo 5 de la ley 1236 de 2008, cargos que no fueron aceptados por el imputado, imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario³.

Presentado el escrito de acusación el 29 de marzo de 2012, avocó conocimiento en auto del 30 de marzo de 2012 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá con funciones de conocimiento⁴, ante el cual se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el 26 de abril del mismo año, donde la Fiscalía 26 Seccional de Chiquinquirá acusó por los mismos cargos de la imputación a JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA, como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, conforme al artículo 209 del C.P., modificado por el artículo 5 de la ley 1236 de 2008⁵, y la audiencia preparatoria se realizó el 16 de julio de 2012⁶.

El juicio oral se tramitó en sesiones del 30 y 31 de agosto, y 18 de septiembre de 2012⁷, anunciándose en la última sesión el sentido del fallo de carácter absolutorio, dejándose en libertad al acusado, dándosele lectura a la sentencia el 18 de diciembre 2012⁸, contra la cual la Fiscalía y el representante judicial de la Víctima interpusieron el recurso de apelación, sustentándolo por escrito dentro del término de ley la Fiscalía, siendo concedido el recurso en el efecto suspensivo ante este Tribunal en auto del 24 de enero de 2013, en el que igualmente se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de la víctima por falta de sustentación⁹.

² Fls. 21, 23, 26-29 y CD.

³ Fls. 36-39 y CD.

⁴ Fls.145-155, 157

⁵ Fls. 161-163 y CD.

⁶ Fls. 182-191 y CD.

⁷ Fls. 276-282, 285-287 y 4CDs.

⁸ Fls. 292-323 y CD.

⁹ Fls. 324-326, 328.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

El conocimiento de la segunda instancia fue asignado por reparto a la Tercera Sala de Decisión Penal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y MOTIVO DE LA APELACIÓN:

1.- De la sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá absolvió a JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA de los cargos formulados en su contra como autor responsable de la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años previsto en el artículo 209 del C.P., modificado por el artículo 5 de la ley 1236 de 2008, por las siguientes razones en resumen:

Se refirió a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, haciendo la diferencia entre el acceso carnal y los actos sexuales diversos al acceso, como también la distinción entre los actos sexuales con menor de catorce años y los actos sexuales violentos, precisando que en el presente caso se le imputó y se le acusó a JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA el delito de actos sexuales con menor de catorce años.

Después de valorar la prueba practicada en el juicio, dándole credibilidad al dicho de la menor víctima y su progenitora, y restándosela a los testimonios de la esposa y los hijos del procesado, consideró que se demostró que el acusado ESCALA SIERRA el 15 de junio de 2015, en su taller de carpintería ubicado en la ciudad de Chiquinquirá, realizó actos sexuales sobre la menor VPGR quien para ese entonces tenía doce años y once meses de edad, utilizando la violencia física para doblegarle su voluntad y lograr la satisfacción de la libido sexual.

Refiriéndose a la congruencia, reglada en el artículo 448 del C. de P.P., y citando una providencia de una de las Salas de Decisión de este Tribunal en la cual se revocó una sentencia condenatoria y se absolvió al procesado por no existir congruencia entre la acusación y la condena, concluyó que en el presente caso debía absolverse a JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA porque los hechos demostrados correspondían a una conducta punible diferente a la que se le había

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

imputado y acusado, no pudiéndosele condenar por hechos que constaban en la acusación y por un delito por el cual no se había solicitado la condena.

Manifestó la Juez, que al procesado se le formuló imputación y acusación por el punible de actos sexuales con menor de catorce años descrito en el artículo 209 del C.P., estando demostrado los actos sexuales violentos y no el abuso sexual por la minoría de edad, no reuniéndose las exigencias que la jurisprudencia ha señalado para variar la calificación jurídica de la conducta, esto es, i) que la Fiscalía lo solicite de manera expresa, ii) que la imputación verse sobre delito del mismo género, iii) que el cambio de calificación esté orientada hacia una conducta punible de menor entidad, iv) que la nueva adecuación respete el núcleo fáctico de la acusación, y v) que no se afecten derechos de partes e intervinientes, pues los actos sexuales abusivos son de diferente género a los actos sexuales violentos, la Fiscalía no solicitó esa variación de la calificación jurídica, e incluso varios aspectos de la descripción fáctica realizada por la Fiscalía en la acusación difieren de los demostrados con el testimonio de la víctima.

Concluyó que al no poder el juez atribuirse la facultad para variar la calificación jurídica de la conducta para condenar por un delito diferente al que la Fiscalía endilgó, y estando demostrado que la conducta realizada por el acusado está descrita en el artículo 206 del C. P. y no en el artículo 209 del mismo estatuto, no se puede condenar por el delito que realmente se cometió, por lo que era necesario absolvérsele al acusado de los cargos formulados en su contra.

2.- Del motivo de la apelación.

La Fiscalía sustentó la apelación solicitando se revoque la sentencia absolutoria y en su lugar, se condene por los cargos por los que se acusó al procesado como autor de actos sexuales con menor de catorce años descrito en el artículo 209 del C.P.

Sostiene la recurrente que la Juez a quo no tuvo en cuenta las primeras manifestaciones de la menor ante la progenitora, inmediatamente sucedieron los hechos, cuando indicó que el carpintero la agarró por detrás, la llevó al baño, se sacó el pene, le cogió la mano para que se lo tocara, trató de meterle la mano por dentro del pantalón para cogerle la vagina, se la tocó y luego trató de besarla;

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

haciendo la misma narración ante la Defensora de Familia, la Psicóloga del Instituto de Bienestar Familiar, y el Médico Legista; no vislumbrándose de su relato la fuerza o constreñimiento, la presión física o psíquica en la menor, lo cual nunca fue relatado en la fase investigativa; es decir, la menor nunca manifestó que hubiese existido violencia por parte de ESCALA SIERRA para cometer la conducta.

Dice la Fiscal, que lo que tiene incidencia en el acto sexual violento, no es la violencia que se realiza en el propio acto, sino la que se utiliza de medio para doblegar la voluntad, los medios violentos para vencer una resistencia de la víctima; y que en el presente caso, la Juez hizo consistir la violencia en la ejecución misma del hecho, no en los actos del procesado doblegaron la voluntad de la menor; que existieron tocamientos, que como la menor se negó a tocarle el pene, le cogió la mano y le obligó a tocárselo, pero que ese hecho de haberle llevado la mano para satisfacer su lujuria no puede configurar la violencia exigida en el artículo 206 del C.P.

Por último, estima que al haber existido el hecho y la autoría del procesado, no era procedente absolverlo sino decretar la nulidad por violación al principio de tipicidad estricta; que como al momento de presentarse el escrito de acusación conforme a los elementos materiales de prueba, la conducta desplegada se adecuaba a los actos sexuales con menor de catorce años, y con la absolución queda impune la conducta realizada, al existir prueba sobreviniente respecto a la narración que de los hechos hiciera la víctima en el juicio, puede existir la variación de la calificación jurídica.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia y Presupuestos Procesales.

Por la naturaleza del delito por el que se formularon cargos y se absolvió al acusado, el conocimiento para su juzgamiento en primera instancia está asignado a los Jueces Penales del Circuito y por el factor territorial al de Chiquinquirá, porque se dice que los hechos tuvieron ocurrencia en esa jurisdicción, y la segunda instancia le corresponde a este Tribunal (arts. 36(núm. 2), 34(num.1), 42, y 43, del C. de P.P.).

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

El recurso de apelación procede contra la sentencia de primera instancia y la Fiscalía tiene interés jurídico para impugnarla, habiéndolo interpuesto en la audiencia de su lectura y sustentándolo por escrito dentro del término. (artículos. 20, 176, 179, modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, y 114 del C. de P. P.).

Por lo demás, no se observa ninguna irregularidad sustancial violatoria de garantías fundamentales de las partes e intervinientes que conlleve a la declaratoria de nulidad total o parcial de lo actuado, siendo procedente resolver el recurso con una decisión de fondo.

2.- Examen y resolución de los aspectos impugnados.

La Sala analizará la prueba recaudada, toda vez que el motivo de impugnación se concreta a la valoración que de la misma hiciera la primera instancia, a fin de determinar si existió violencia en la conducta realizada por el acusado, pues no se discute la ocurrencia del hecho ni su autoría, sino las circunstancias en que se cometió; para luego analizar la adecuación jurídica de la conducta de conformidad a lo demostrado, la congruencia entre la acusación y la conducta punible cometida, y las consecuencias para el caso en concreto teniendo en cuenta el principio de congruencia.

2.1.- Pruebas

Como pruebas se practicaron e incorporaron al juicio oral, las siguientes:

Estipulaciones:

Se acordaron entre la Fiscalía y la Defensa como hechos probados¹⁰ los siguientes:

1.- La plena identificación y arraigo del procesado JOSE EUDILIO ESCALA SIERRA con cédula de ciudadanía número 4.094.819 de Chiquinquirá, nacido en Briceño Boyacá el 28 de noviembre de 1945, hijo de FRANCISCO ESCALA y

¹⁰ Presentadas en la audiencia de juicio oral del 30 de agosto de 2012 Fls. 279, 282 y CD.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

TRINIDAD SIERRA, casado con LUZ MARINA ACOSTA, de profesión carpintero, con estudios hasta segundo de primaria, residente en la carrera 6 Nro. 4-04 barrio el Bosque de Chiquinquirá; conforme informe de consulta AFIS de la tarjeta de preparación de la Registraduría Nacional del Estado Civil e informe de identificación e individualización, y fotocopia de la cédula de ciudadanía¹¹.

2.- El diagnóstico médico legal sexológico, por examen practicado a la menor VPGR el 16 de junio de 2009, donde se describió que la examinada presentaba edema leve a nivel de pómulo izquierdo, causado con mecanismo contundente, ameritando una incapacidad médico legal definitiva de cuatro días sin secuelas, y se concluyó que se trataba de una menor de doce años de edad quien presentó genitales externos infantiles femeninos normales, himen de forma festoneada íntegro no dilatado lo que indica que no ha sido desflorado, ano y región perianal sin signos de lesión a ese nivel. Que en la anamnesis refirió: *“El 15-06-2009 a las 14:45 horas me encontraba realizando un mandado a una tienda ubicada en el Barrio Luis Carlos Galán cuando un vecino me llamó para ver un rompecabezas que tenía en su carpintería, estando allí me condujo a un baño en donde se sacó el pene, me metió la mano en la vagina tocándome, le pegué un puño, en ese momento llegó la mujer, me pegó un puño en la cara haciéndome caer y luego me pegó un patada en la vagina”*; según el informe técnico médico legal sexológico¹².

3.- La minoría de edad al momento de los hechos de la víctima V.P.G.R., de 12 años de edad para la fecha de los hechos; este hecho soportado con la copia del Registro Civil, que da cuenta de su nacimiento el 17 de julio de 1996¹³.

4.- La valoración psicológica practicada el 8 de julio de 2010 a la menor V.P.G.R. por la psicóloga adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, donde se indica que aquella se realizó mediante entrevista y observación directa de la adolescente, pero allí no se hace referencia a la narración que de los hechos hiciera la adolescente; en dicho informe la psicóloga concluyó lo siguiente:

“La adolescente muestra una actitud receptiva y participativa, expresa con facilidad lo que siente y piensa, sin embargo, su presentación personal es

¹¹ Fls. 196-201.

¹² Fls. 202-205.

¹³ Fls. 211-2012

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

inadecuada, se evidencia en ella inseguridad y baja autoestima ya que física, social y emocionalmente lo muestra, en cuanto a la parte social se evidencia dificultad para relacionarse principalmente con los pares de su mismo sexo, manifiesta que se siente rechazada por sus compañeros de colegio. En cuanto a su núcleo familiar primario, hay conflicto y rivalidad con algunos de sus hermanos, además al parecer la relación con el padre es conflictiva y posiblemente este sea una persona fuerte quien recrimina constantemente, pero existe distanciamiento afectivo entre ellos.

Respecto a la situación de abuso, la adolescente se encuentra tranquila, presenta preocupación por el maltrato verbal recibido por la compañera del victimario en varias oportunidades, sin embargo no presenta síntomas de trastorno de ansiedad, del estado de ánimo u otros que puedan desencadenarse luego de una situación de abuso, de acuerdo a los datos suministrados en la entrevista realizada, no obstante, es importante continuar la valoración y brindar la atención terapéutica que la adolescente requiere.”

Lo anterior, soportado con el informe psicológico rendido por la Psicóloga del ICBF.¹⁴

Testimonios:

1.- **BLANCA LUCÍA RAMÍREZ**¹⁵. Madre de la menor VPGR., dedicada al hogar, oficios varios, cursó hasta quinto de primaria, casada, con 35 años de edad para cuando declaró. Para la fecha de los hechos en su casa habitaba con su esposo, su mamá, y sus cinco hijos.

Al día siguiente de ocurrencia de los hechos, formuló denuncia por el abuso sexual a su hija, describiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Era un domingo por la tarde, aproximadamente a las cuatro, mandó a su hija por el pan, como se demoró, ella se asomó a la esquina, la niña llegó a la casa asustada, llorando, diciéndole que en la carpintería el señor, el carpintero, la había llamado para mostrarle un rompecabezas, y cuando lo estaba mirando, la había cogido por detrás y la había llevado para el baño, la había empezado a tocar y la había

¹⁴ Fls. 209-213.

¹⁵ Registro CD de audio obrante a folio 282, a partir del minuto 45'17", sesión del juicio oral del 30 de agosto de 2012.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

obligado a cogerle el pene, que al momento había entrado la esposa del señor, habiéndole dicho la niña que le ayudara, pero que en lugar de ayudarla la cogió y le pegó, la mandó contra el piso y le iba a pegar con un alambre de púa; ella se fue con su esposo a la carpintería, su esposo entró y le hizo el reclamo, ya la esposa del carpintero no estaba ahí, llamaron la policía, el señor le dijo a su esposo que no le fuera a pegar, le preguntaron por qué le había hecho eso a la niña, negando haberle hecho algo, la policía llegó y se lo llevaron; su hija se demoró aproximadamente 20 minutos en regresar a la casa después de que se fue por el pan; la niña no acostumbraba a entrar a la carpintería sola, lo hacía en compañía del hermanito cuando ella la mandaba aproximadamente cada quince días a que el vecino, el carpintero, le regalara aserrín; el día de los hechos la menor llegó golpeada porque dijo la señora del carpintero le había pegado en una pierna y en la vagina.

En el conainterrogatorio realizado por la Defensa, la testigo dijo que no vio que la esposa del carpintero fuera a buscarla a su casa después de los hechos, que ella cuando se enteró de lo sucedido entró a la casa a buscar a su esposo y salieron para la carpintería y cuando iban para ese lugar vieron que la esposa del carpintero se alejaba del sitio por una de las calles de la ciudad.

Previo reconocimiento, se incorporó con la testigo la noticia criminal de fecha 16 de junio de 2009 a las 5:20 de la tarde¹⁶, en la que la denunciante hizo el relato de los hechos en forma similar a lo declarado en el juicio, solo que allí precisó que los hechos habían ocurrido el 15 de junio de 2009 a las 14:45, que la niña le dijo que el señor la había llamado para mostrarle el rompecabezas y que cuando había entrado el señor la había agarrado por detrás y la había entrado para el baño, que se había sacado el pene y le había dicho que se lo tocara, que le había mandado la mano a la vagina y le había dicho que le diera un beso, que se dejara, que la menor le había dicho que era un “viejo cochino” y que le había mandado un puño al señor, momento en que había entrado la señora habiéndole gritado su hija que le ayudara, pero lo que recibió fue un puño de la señora.

2.- La menor **V.P.G.R**¹⁷. Con 16 años de edad para cuando declaró, testificando bajo juramento, interrogada por la Defensora de Familia y con las

¹⁶ Fls. 21-216.

¹⁷ Registro CD de audio obrante a folio 282, a partir de la hora 1:11'37", sesión del juicio oral del 30 de agosto de 2012.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

previsiones para los testimonios de menores, cursando grado noveno, residente en el barrio el bosque de Chiquinquirá con sus padres, sus cuatro hermanos y su abuela.

A JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA, a quien se le dice en el barrio donde residía “el carpintero”, lo conoce porque él vivía cerca de la casa y porque su mamá tenía pollos y la mandaba a que llevara de la carpintería aserrín para los pollos. El día de los hechos, era un domingo, su mamá la mandó por el pan, estaban cerradas las tiendas en el barrio por lo que ella se fue para la tienda de la esquina, cuando iba pasando por la carpintería el señor la llamó, le dijo que le iba a dar un rompecabezas, ella entró y el rompecabezas estaba en el piso, ella se agachó y el señor la agarró por detrás y la llevó alzada para el baño, allá la empezó a tocar, ella le pegó y le dijo que era un “viejo cochino”, se sacó el pene, le estaba diciendo que se lo tocara, pero no se lo tocó, simplemente ella le pegaba en las manos y gritaba, la esposa del señor llegó, ella le pedía ayuda pero aquella le pegó una cachetada, le iba a pegar con un alambre que llevaba en las manos, el señor cogió a la señora de para atrás, como era un baño pequeño ella trató de saltar porque estaban los dos y no la dejaban salir, colocó un pie en el inodoro y la señora le pegó una patada en la vagina por lo que cayó al piso, luego salió corriendo y su mamá ya iba a buscarla porque se había demorado.

Con el señor ESCALA SIERRA no tenía trato alguno ante de los hechos, tan solo se saludaban y se despedían cuando iba con su hermano por el aserrín, nunca le dijo ni le insinuó nada, solo le mandaba con su hermano saludos a su hermana, o cuando pasaban juntas las llamaban pero ellas no le hacían caso.

Los hechos ocurrieron de tres y media a cuatro de la tarde en el baño de la carpintería, le tocó los senos, y la vagina pero por encima de la ropa, intentó desapuntarle el pantalón pero no pudo porque ella no se dejaba, le pegaba en las manos, se sacó el pene para que se lo tocara, era obligándola, pero ella no quiso, le cogía las manos para que se lo tocara, la obligó a que se lo tocara.

Dijo agregar algo que no le ha contado a sus padres por no querer aumentar los problemas; que el año anterior cuando ella estaba con una compañera al frente del barrio, el señor fue allá a darle diez mil pesos y que le dijera a la mamá que no compareciera a las citaciones que le hiciera el Juzgado,

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

que cuando fuera y la interrogaran dijera que ella - la mamá - era quien la había obligado a que se inventara lo que denunciaron, a lo cual le respondió que sí pero no le recibió plata, después la mujer cuando un día paso por frente de la carpintería la llamó y le reclamó porque le estaba recibiendo dinero al señor, ella la acompañó hasta un lugar a donde iba por unas puertas, y le explicó que no era cierto, que solo le había ofrecido dinero para que no declarara pero que no le había recibido, la mujer le dijo que no se metiera con el señor porque era como un bebé porque ya era un viejo.

3.- **JHON ANDERSON HENAO CALDERÓN**¹⁸. Patrullero de la Policía Nacional, técnico en policía judicial, cuando declaró se desempeñaba como investigador de la SIJIN desde hacía 3 años, con grado de instrucción bachillerato.

En el caso de estudio, previa orden, capturó a JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA el 7 de febrero de 2012, rindiendo el informe de la misma fecha con el que adjuntó la identificación y arraigo del aprehendido, acta de derechos del capturado, documentos que se incorporaron¹⁹.

4.- **CÁRMEN ASTRID CAMACHO HURTADO**²⁰. Vinculada a la Fiscalía General de la Nación en el cargo de investigadora criminalística, con funciones de policía judicial.

En el caso de estudio, adelantó las diligencias ordenadas por la Fiscalía en el plan metodológico, rindiendo los informes del 28 de agosto de 2009 y 28 de julio de 2010, entrevistó a las señoras BLANCA LUCÍA RMÍREZ, madre de la menor víctima, a LUZ MARINA ACOSTA DE ESCALA, a la menor ANGÉLICA LORENA GÓMEZ RAMÍREZ, se le recibió interrogatorio al indiciado, lo identificó e individualizó, solicitó sus antecedentes, verificó su arraigo con la señora LUZ MARINA ACOSTA DE ESCALA quien dijo ser su esposa, obtuvo la valoración psicológica de la menor realizada por la psicóloga de Bienestar Familiar, el registro civil de la menor víctima, copia de la tarjeta decadactilar del indiciado.

¹⁸ Registro CD de audio obrante a folio 282, a partir de la hora 1:53'37", sesión del juicio oral del 30 de agosto de 2012.

¹⁹ Fls. 217-222

²⁰ Registro CD de audio obrante a folio 282, a partir de la hora 2:09'20", sesión del juicio oral del 30 de agosto de 2012.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

También realizó inspección al lugar de los hechos con apoyo de fotografía y video topográfico, reconocimiento fotográfico y reconocimiento en fila de personas, documentos que se mantuvieron en cadena de custodia, explicando la testigo el procedimiento realizado en dichos reconocimientos y en los cuales se concluyó que la menor víctima reconoció al procesado JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA.

Con esta testigo, previo reconocimiento, se incorporó los informes y documentos que contiene los resultados de los actos de investigación²¹.

5.- **CRISTOBAL FORERO LÓPEZ**²². Investigador criminalístico del C.T.I., en el área de fotografía y video. En el caso de estudio realizó catorce tomas fotográficas al lugar de los hechos, registradas en la ficha técnica fotográfica, que corresponden a un taller de carpintería ubicado en la carrera 6 A Nro. 4-04 de Chiquinquirá, y previo reconocimiento del documento que contiene las mismas, el testigo explicó cada una, así: inmueble parte exterior, puerta de ingreso, nomenclatura, parte interna del taller de carpintería, altillo, escaleras al altillo, puerta de ingreso de acceso al baño, parte interna del baño donde solo se encuentra un sanitario, ubicación del baño al interior del taller de carpintería.

Con este testigo se incorporó el informe y las catorce fotografías²³.

6.- **JOSÉ ANTONIO RUIZ HIGUERA**²⁴. Investigador criminalístico del C.T.I. En el presente caso realizó el levantamiento topográfico al sitio donde ocurrieron los hechos, en la carrera 6 A Nro. 4-04 de Chiquinquirá, allí indicó dentro del taller de carpintería el lugar donde estaba ubicado el baño que se podía observar desde la entrada, a una distancia de 10 metros desde la puerta principal, el taller tenía 15 metros de largo por 7 metros de ancho y estaba ubicado al lado de un lote vacío.

Con este testigo se incorporó el informe y el plano topográfico²⁵.

7.- **ARGEMIRO AGUDELO TRIANA**²⁶. Investigador privado por un término de cuatro años después de haber trabajado como policía judicial de la Policía.

²¹ Fls. 223-252.

²² Registro CD de audio obrante a folio 282, a partir de la hora 2:42'10", sesión del juicio oral del 30 de agosto de 2012.

²³ Fls. 254-257.

²⁴ Registro CD de audio obrante a folio 282, a partir de la hora 2:54'51", sesión del juicio oral del 30 de agosto de 2012.

²⁵ Fls. 258-261.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

En el presente caso, a solicitud de la Defensa, realizó varias entrevistas, y la fijación fotográfica al taller de carpintería y en el segundo piso residencia del señor JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA, ubicado en la carrera 6 A Nro. 4-04 de barrio el Bosque del municipio de Chiquinquirá, como también realizó labores de vecindario donde varias personas le describieron a la menor de quien dicen se vestía como un hombre y acostumbraba a estar en compañía de un hombre que era ornamentador en un vehículo rojo, y un joven que le decían borrachín porque ingería mucho licor y quien le daba plata a la menor que le dejaba debajo de una piedra. El testigo explicó cada fotografía mediante la proyección del video que contiene el álbum fotográfico y que aparecen impresas: vivienda construida en madera y teja de zinc o de lata, puerta de ingreso, nomenclatura, interior en el primer plano el taller de carpintería, en el segundo piso la residencia del señor ESCALA SIERRA, primer piso donde está ubicado el baño únicamente con el sanitario sin chapa para asegurarlo, lavadero ubicado en el primer piso debajo de la escalera que va al segundo piso, escalera que conduce al segundo piso donde reside el señor JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA con su familia, en el segundo piso se aprecia sala comedor, un baño, cocina, tres habitaciones, una con una ventana a la calle, otra con dos ventanas una a la calle y otra al interior de la carpintería, ninguna de las habitaciones tiene puerta, el segundo piso a excepción del baño, el piso y paredes es en madera con hendidias, y el investigador testigo dice que se pudo apreciar que existía visibilidad del segundo al primer piso y viceversa, como también en el segundo piso se escucha lo que sucede en el primero.

En el contrainterrogatorio realizado por la Fiscalía, el investigador testigo dijo que lo dicho sobre el comportamiento de la menor víctima es de referencia, porque quienes le informaron no quisieron dar sus nombres para rendir testimonio.

Con este testigo se incorporó el registro fotográfico impreso y en video²⁷.

8.- **NURIAN YOLIMA CAMACHO PARRA**²⁸. Para cuando declaró residía en el barrio El Bosque de Chiquinquirá, bachiller, empleada de un almacén, dijo

²⁶ Registro CD de audio obrante a folio 280, a partir del minuto 4'44", sesión del juicio oral del 31 de agosto de 2012.

²⁷ Fls. 262-275.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

haber rendido entrevista sobre los siguientes hechos: reside cerca de la familia de JOSÉ ESCALA SIERRA, tiene dos hijas que van con frecuencia al taller de carpintería de dicho señor a llevar aserrín para unos pollos, y como vecina y madre de familia no tiene queja de dicho señor que haya abusado o se les haya insinuado sexualmente, o se haya sobrepasado con ellas, reside a dos cuadras de distancia de la casa del procesado, por comentarios se enteró que había abusado de una niña.

9.- **LUZ MARINA ACOSTA DE ESCALA**²⁹. Esposa del procesado, con quinto de primaria, ama de casa y dedicada a oficios varios, reside en la casa donde funciona el taller de carpintería del procesado en la carrera 6 A Nro. 4-04 barrio el Bosque de Chiquinquirá, expresó su deseo de declarar; sobre los hechos investigados relató lo siguiente:

El 15 de junio de 2009 en las horas de la tarde, de dos o tres de la tarde salió de su casa a pagar unos recibos, pero tuvo que regresar aproximadamente a los diez minutos porque olvidó un recibo, y encontró a la niña V.P.G.R. en el taller hablando con su esposo, la vio porque la puerta del taller estaba abierta, su esposo le estaba dando plata a la niña, le dijo que por qué le estaba dando plata, a ella – la testigo – le dio rabia y le pegó a su esposo, la niña salió corriendo y se cayó con un mueble, salió corriendo cogió una cicla y se alejó del lugar, solamente le dijo a la niña que le iba a contar a los papás, ella siguió discutiendo con su esposo, luego se fue para donde los papás de la niña pero no estaban en la casa, se devolvió para el taller, cogió el recibo y se fue a hacer sus diligencias, regresó a su casa como a las cuatro o cinco de la tarde y ya estaba la policía llevándose a su esposo a quien no le preguntó nada, regresando como a las ocho de la noche.

A la niña no la trató mal, ni le pegó, al que trató mal fue a su marido, ella tuvo siete hijos con quienes ha sido respetuosa, e incluso con sus nietos, y con todas las personas que llegan a su taller a donde llegan muchos niños y niñas, ella no sabía que esa niña llegaba allí hasta que después sus vecinos le contaron que iba con frecuencia cuando ella no se encontraba, ella habló con su esposo y éste

²⁸ Registro CD de audio obrante a folio 280, a partir del minuto 37'12", sesión del juicio oral del 31 de agosto de 2012.

²⁹ Registro CD de audio obrante a folio 280, a partir del minuto 43'18", sesión del juicio oral del 31 de agosto de 2012.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

le dijo que la niña entraba a que le regalara plata para fotocopias o para cosas que necesitaba, que él le colaboraba.

Afirma que cuando ella regresó al taller y vio a su esposo y a la niña, su esposo estaba de pie, común y corriente, frente a la niña, no vio que su esposo estuviese cogiendo a la niña, estaban hablando y su esposo tenía un billete en la mano que se lo estaba dando, no supo de qué denominación era, no siendo cierto que ésta le pidiera auxilio o ayuda, incluso su hija YENY ROCIO ESCALA ACOSTA estaba en el segundo piso, en el altillo, porque ese día se encontraba enferma, como tampoco es cierto que ella le hubiese pegado a la menor, pues ésta salió corriendo y se estrelló con unos muebles que allí había.

Contrainterrogada por la Fiscalía negó haber tratado con palabras desobligantes a la menor, como también negó haberla golpeado, previo a los hechos investigados no había visto ni tenía conocimiento que su esposo le diera dinero a la niña, solo lo vio ese día de los hechos, después se enteró por los vecinos que la niña entraba al taller; el día de los hechos en la casa se encontraba su hija YENY ROCÍO porque estaba enferma; después de los hechos nunca le ha reclamado a la menor por lo sucedido.

10.- **YENY ROCIO ESCALA ACOSTA**³⁰. Hija del procesado, con grado once de bachillerato y técnico en sistemas, residente en la casa de sus padres en la carrera 6 A Nro. 4-04 barrio el Bosque de Chiquinquirá, soltera.

Sobre los hechos investigados relató que el 15 de junio de 2009 se encontraba en su casa de habitación porque estaba enferma, a la casa llegó alguien ella se asomó y vio que era una muchachita que entró al pie de la sinfín a pedirle plata a su papá, en ese momento entró su mamá, desde el altillo se veía todo para el taller por las hendijas, su papá estaba sacando dos billetes que tenía cuando entró su mamá que se había regresado por un recibo de luz que iba a pagar, cuando entró su mamá se puso a pelear con su papá, la muchacha se asustó, salió corriendo, se enredó en unos muebles, se cayó, se pegó, salió, sin darse cuenta para dónde cogió. Afirma que no es cierto lo que dice la muchacha que supuestamente la violó porque su papá no es ningún violador, ella vive con

³⁰ Registro CD de audio obrante a folio 280, a partir del minuto 53'58", sesión del juicio oral del 31 de agosto de 2012.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

sus papás porque ha estado muy enferma y conoce a su papá que no es ningún violador, al taller entran muchos niños y niñas, ella no escuchó gritos de auxilio, tampoco vio que la niña le pegara a su papá para que la soltara.

Contrainterrogada por la Fiscalía, la testigo dijo que escuchó cuando la menor entró a la carpintería que le estaba pidiendo plata a su papá, que si le prestaba plata que necesitaba para hacer unas tareas, que los papás no estaban, afirma que en ningún momento la menor gritó o pidió auxilio, la menor vestía un jean apretado, tenis y una chaqueta, su papá siempre utilizaba una gabardina de trabajo de jean y botas; su papá sacó dos billetes de mil para entregarle a la menor; ésta tenía la costumbre de pasar continuamente por frente a la carpintería en una cicla y cuando veía que su mamá no estaba, entraba y le pedía plata a su papá; reitera que a la menor la veía constantemente pasar en un cicla, que entraba a la carpintería y salía pronto, pero no sabía a qué entraba, contradiciendo lo anterior, dijo que no había visto antes que le pidiera plata a su papá; solo vio ese día que su papá sacaba los billetes del bolsillo; cuando su mamá entró discutió con su papá, no lo agredió, tampoco agredió a la víctima.

11.- **FRANK NORBEY ESCALA ACOSTA**³¹. Hijo del procesado, de veintiún años de edad para cuando declaró, con séptimo grado de instrucción, carpintero, residente en el barrio veinte de julio de Chiquinquirá, casado.

Sobre los hechos relató que el día en que llevaron a su padre a la estación de policía era un lunes quince (15) de junio de dos mil nueve (2009), él llegó a la casa de sus padres de tres y media de la tarde como siempre lo hacía cuando salía del trabajo iba a visitarlos, vio cuando una patrulla de policía se llevaba a su padre, le preguntó al policía por qué motivo se lo llevaban, no le contestaron nada, simplemente le dijeron que era por unos documentos que iban, después llegó su mamá y le preguntó por qué se habían llevado a su papá y le dijo que porque supuestamente había violado a una muchachita, después de eso la niña iba seguido al taller, dos o tres veces a la semana, por lo que él se decidió a hablar con el padre de la niña y una noche en el mes de octubre de 2011 le dijo que por qué su hija seguía buscando a su papá en el taller si supuestamente la había violado, pero el señor le contestó qué podía hacer si su mujer lo había

³¹ Registro CD de audio obrante a folio 280, a partir de la hora 1:06'19", sesión del juicio oral del 31 de agosto de 2012.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja *Sala Penal*

abandonado, se había ido con un amante y le había dejado los hijos, y que por trabajar no podía estar pendiente de ellos porque salía en la mañana y regresaba hasta en la tarde; le preguntó a su padre por qué iba esa niña al taller y le dijo que porque la mamá la mandaba a pedirle plata.

Contrainterrogado por la Fiscalía dijo el testigo que él iba a la casa de sus padres a la ebanistería todos los días a visitarlos, a cualquier hora, que el día de los hechos fue aproximadamente a las tres y media de la tarde cuando se llevaban en la patrulla a su padre, a la niña la vio varias veces en el taller pero cuando lo veía llegando se iba, la niña llegaba como cualquier persona, nunca vio que su padre le entregara dinero.

2.2.- Valoración de las pruebas y hechos demostrados:

La Sala para llegar a la formación de un juicio de lo ocurrido, valorará la prueba de manera integral y con apego a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta los parámetros establecidos en la ley, la jurisprudencia y la doctrina sobre la apreciación del testimonio, especialmente de menores en delitos sexuales.

De conformidad al artículo 404 de la ley 906 de 2004, en la apreciación del testimonio se debe tener en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la 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, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

La doctrina y la jurisprudencia, sobre lo declarado por quien ha sido testigo directo de los hechos, especialmente cuando es menor de edad y es la víctima de delito sexual, ha dicho que debe valorarse al igual que cualquier otro testimonio, conforme a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios; indicándose por estudios de profesionales, que no es cierto que el menor no tenga la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos, máxime cuando ha sido el agredido por abusos sexuales³².

³² La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se ha pronunciado sobre el tema: el testimonio de menores cuando son víctimas de delitos sexuales, entre otras, en sentencias: del 5 de noviembre de 2008, rad. 30305, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, y sentencia de la misma fecha, rad. 29053, M.P. José Leonidas Sentencia No. 079. Rad. 151766000110200900366 (2013-0088) 18
M.P. Luz Ángela Moncada Suárez.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

En resumen, en todo caso las declaraciones de los menores víctimas de delito sexual, merecen un especial estudio para poder formar un convencimiento razonado de los que en ellas se dice; y cuando se afirma que los testimonios de las víctimas, especialmente en delitos sexuales o cuando el afectado es un menor de edad, deben ser valorados de una forma especial, no significa que se configure una especie de presunción de veracidad, ni de tarifa probatoria, sino que deben ser estudiados y analizados con mayor detenimiento por el fallador.

En el presente caso se tiene que la prueba fundamental para la valoración fáctica, es el testimonio de la menor V.P.G.R., quien asegura fue objeto de agresión sexual por parte del procesado JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA.

La minoría de edad de la víctima V.P.G.R. al momento de los hechos ocurridos el 15 de junio de 2009, fue un hecho estipulado como probado, de 12 años y 11 meses de edad según el Registro Civil que da cuenta de su nacimiento el 17 de julio de 1996.

De los testimonios de la menor ofendida, de su progenitora, señora BLANCA LUCÍA RAMÍREZ, de la esposa del procesado, señora LUZ MARINA ACOSTA DE ESCALA, de los hijos del procesado, YENY ROCIO ESCALA ACOSTA y FRANK NORBEY ESCALA ACOSTA, se demuestra claramente que el 15 de junio de 2009, aproximadamente a las dos y cuarenta y cinco de la tarde, la menor V.P.G.R., se encontraba en compañía de JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA en el taller de carpintería de éste, siendo sorprendidos por la señora LUZ MARINA ACOSTA DE ESCALA quien los agredió de obra y palabra, huyendo del lugar la menor, regresando luego con sus progenitores, haciendo presencia la policía y trasladado JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA a la Estación de Policía.

Aunque algunos testigos hacen referencia a que se trataba de un día domingo, todos refieren que la fecha era el 15 de junio de 2009, y como lo precisa el hijo del procesado FRANK NORBEY ESCALA ACOSTA y se corrobora con el

Bustos Martínez; en las que se cita estudios como: “La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psico sociales”, tesis doctoral presentada por Josep Ramón Juárez López, ante la Universidad de Girona, Italia, año 2004, y “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”, Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

calendario, era un día lunes, solo que era festivo, por lo que por el transcurso del tiempo, cuando declararon en el juicio hicieron mención que era domingo.

Siendo la víctima, el testigo directo de los hechos, su testimonio debe analizarse de conformidad a la capacidad persuasiva del restante material probatorio, porque como lo ha dicho la jurisprudencia, su versión no puede tornarse tampoco en verdad apodíctica cuando existen otras pruebas que pueden reafirmar o restar la credibilidad, o pueden dar a conocer que los hechos no es como llanamente los informa la víctima, debiéndose hacer un trabajo analítico de comparación, a fin de establecer la verdad.

Por tanto, debemos analizar las versiones de V.P.G.R., dadas en diferentes momentos y ante distintas personas, como también la relación de aquellos relatos con los demás hechos de los que dan cuenta otros testigos, que si bien es cierto no son testigos directos propiamente de la agresión sexual, si lo son del comportamiento de la víctima, del acusado, y de los instantes anteriores y posteriores al que se dice se ejecutó la conducta punible.

La menor en sus exposiciones es conteste al afirmar que JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA, el carpintero, cuando ella transitaba por frente a la carpintería camino a una tienda donde compraría el pan que le había mandado llevar su mamá, la llamó para mostrarle un rompecabezas, y cuando estaba dentro del taller de carpintería, la agarró y la llevó para el baño donde la tocó en diferentes partes de su cuerpo por encima de las prendas de vestir, se sacó el miembro viril y le cogió las manos para que se lo tocara; pero en todas estas acciones, afirma la menor que ella puso resistencia, el agresor quiso desapuntarle el pantalón pero no pudo porque ella no se dejaba, le pegaba en las manos, incluso para describir su rechazo narra que le decía que era un “viejo cochino”, que le obligó a tocarle el pene, y de manera hilada y coherente da cuenta del suceso.

La Fiscalía, cuestiona la valoración que de la prueba hiciera la primera instancia, señalando que omitió tener en cuenta las primeras manifestaciones de la menor inmediatamente sucedieron los hechos ante la progenitora, la Defensora de Familia, la Psicóloga del Instituto de Bienestar Familiar, y el Médico Legista, en las cuales del relato que hiciera la menor no se evidencia la fuerza física o moral, o constreñimiento por parte del agresor para realizar la conducta.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

A la primera persona que la menor le narró los hechos es a su progenitora BLANCA LUCÍA RAMÍREZ, minutos después de sucedidos, cuando regresa a su casa asustada y llorando, como lo refiere dicha señora en su testimonio rendido en el juicio el 30 de agosto de 2012, y en la noticia criminal el 16 de junio de 2009 al día siguiente de los hechos; siendo creíble su versión, toda vez que coincide con lo sucedido momentos después, específicamente con el arribo de la policía al taller de carpintería precisamente porque los padres de la menor acuden al lugar inmediatamente conocieron la ofensa a su hija, con el fin de reclamarle al agresor, y la policía es llamada por BLANCA LUCÍA cuando advierte la discusión entre su esposo y el carpintero; estando demostrado con el testimonio de la esposa y los hijos del procesado que efectivamente la policía acudió al lugar y se llevaron a JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA por presuntamente haber violado a una menor.

BLANCA LUCÍA RAMÍREZ en la noticia criminal y en el testimonio en el juicio oral, narra de manera muy similar los hechos que le contó su hija, en donde resalta la fuerza física ejercida por el agresor para realizar los tocamientos lascivos, tratando de despojarla de sus prendas de vestir, obligándola que le tocara el pene con las manos, como también la resistencia de la menor frente a las acciones del procesado, defendiéndose con puños y pidiéndole ayuda a la esposa de éste cuando arribó al lugar.

Dicho relato es coincidente con el que la menor le hiciera al médico legista en la anamnesis al practicarle el reconocimiento al día siguiente de los hechos, narración en la cual también la ofendida refiere que le pegó un puño al agresor, lo que indica que puso resistencia a la fuerza ejercida por el procesado en las acciones realizadas.

Se desconoce la narración que de los hechos le hiciera la menor a la Defensora de Familia y la Psicóloga del Instituto de Bienestar Familiar, pues tan solo se aportó como estipulación la valoración psicológica que el 8 de julio de 2010 se le hiciera a la niña V.P.G.R., donde se indica que se hizo conforme a la entrevista y observación directa de la adolescente; pero como ya se precisó, allí no se hizo referencia a la narración que de los hechos hiciera la adolescente, y en el informe nada se dice sobre las circunstancias en que ocurrieron.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

En consecuencia, contrario a lo dicho por la Fiscalía en el recurso, la primera instancia tuvo en cuenta las primeras manifestaciones de la menor ante la progenitora y el médico legista, inmediatamente sucedieron los hechos, las cuales son coincidentes y coherentes con lo relatado tanto por la adolescente V.P.G.R como por la señora BLANCA LUCÍA RAMIREZ en el juicio, de donde se demuestra que los actos realizados por JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA fueron mediante el ejercicio de la fuerza física, a la cual puso resistencia la menor víctima, quien los rechazó de obra y de palabra, siendo doblegada su voluntad, actos que cesaron con la presencia de la esposa del procesado en el lugar, quien reaccionó agrediéndolos a los dos.

Respecto de la agresión sexual, consideramos que la menor no ha mentado, pues su comportamiento inmediatamente después de lo sucedido, susto y llanto evidenciado por la progenitora, relato que de los hechos le hiciera, dan a entender que ha dicho la verdad, a más de ser reiterativa en las narraciones posteriores; por el contrario, no es creíble el testimonio de la esposa del procesado, la señora LUZ MARINA ACOSTA DE ESCALA, al afirmar que reaccionó pegándole a su esposo, solo por haberlo observado en compañía de la menor dándole plata; pues nótese que antes de tales hechos no había visto ni se había enterado que su esposo le diera dinero sin justificación alguna; por tanto no es lógico que por el simple hecho que hubiere visto a su esposo darle un billete, pudiera tener tal reacción, pues se encontraban en un taller de carpintería, lugar abierto al público donde concurrían niños, incluso la menor ofendida, entre otras cosas a llevar aserrín, como también podían acudir a otras acciones que generara la entrega de dinero, luego, no era natural que reaccionara de manera agresiva sin percatarse por qué estaba presuntamente entregándole dinero a la adolescente; por el contrario, tal reacción es coherente con la narración que de los hechos hiciera la menor ofendida, al haber sorprendido a su esposo realizando los actos libidinosos, de lo cual no da cuenta la señora LUZ MARINA, desde luego, en aras de favorecer a su esposo, y excusándose en la presunta entrega de dinero para justificar su conducta de agresión con el procesado y la menor en el momento que vio lo que estaba ocurriendo.

Y mucho menos es creíble el dicho de la hija del procesado, YENI ROCIO ESCALA ACOSTA, pues si bien es cierto el inmueble donde se encontraba ubicado el taller de carpintería tenía un altillo donde era la residencia de la familia

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

del procesado, construido en madera, con hendijas en el piso que podían permitir la visibilidad hacia el taller, no está demostrado que YENI ROCIO efectivamente estuviese viendo y escuchando por tales hendijas cuando la menor ingresó al taller y cuando supuestamente le pidió plata a su padre; pues la agresión sexual ocurrió en el baño a donde el procesado trasladó a la menor, lugar al que no se advierte en las fotografías aportadas la visibilidad desde el altillo por las hendijas del piso; y como ya se ha dicho, la reacción de LUZ MARINA ACOSTA DE ESCALA desvirtúa que procesado y menor estuviesen simplemente dialogando, entregando y recibiendo un billete, en el sitio donde dice YENI ROCIO los vio, en la “sinfín” del taller donde su padre trabajaba.

En conclusión, la Sala encuentra demostrado que JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA tomó por la fuerza a la menor V.P.G.R., cuando ingresó al taller de carpintería, la trasladó al baño, le realizó tocamientos lujuriosos que fueron rechazados por la menor, y la obligó a tocarle el pene, siendo sorprendido por su esposa LUZ MARINA ACOSTA DE ESCALA cuando realizaba tales actos, quien agredió a los dos de obra y de palabra, haciendo que la menor saliera corriendo hacia su casa y le contara lo sucedido a su progenitora.

2.3.- De la calificación jurídica de la conducta realizada por el acusado.

Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales están descritos en el Código Penal en el Título IV del libro segundo, en tres capítulos, y en un capítulo, el tercero, se refiere a disposiciones comunes de los dos primeros, circunstancias de agravación punitiva y definición del acceso carnal.

Así entonces, el legislador ha separado las modalidades de conducta plenamente diferenciables por las circunstancias en que se comete cada una de las mismas, así: i) Las descritas en el capítulo primero, se refieren a la violación, en los que la modalidad en la realización es la violencia física o moral, ii) Las descritas en el capítulo segundo, se concretan al abuso teniendo en cuenta las condiciones de la víctima, iii) Las descritas en el capítulo cuarto, referidas a la explotación, o comercio sexual, donde prevalece el ánimo lucrativo o satisfacción de otros instintos o deseos en el sujeto agente.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

Cada género es completamente diferenciable por las circunstancias modales en que se realiza la conducta; para el caso que nos ocupa, los delitos referidos a la violación son plenamente diferenciables de los abusivos.

En los delitos de violación descritos en el primer capítulo, la violencia física o moral es el medio de la comisión delictiva, la fuerza que impide o vence la resistencia de la víctima permitiendo el acto sexual es lo que caracteriza la conducta ilícita; la violencia física es el despliegue de la fuerza física que doblega o rinde la resistencia efectiva o tácita de la víctima, porque existe confrontación entre la fuerza del agresor y de la víctima, o porque la intimidación la inhibe de cualquier reacción; la violencia moral ha sido definida como la amenaza seria de un mal futuro, como cuando se le amenaza a la víctima de darle muerte, agredirla, etc., en muchas ocasiones pudiéndose confundir la violencia física y moral.

En los delitos de abuso sexual descritos en el segundo capítulo, el abuso de inferioridad de la víctima es el medio de la comisión de la conducta, no se utiliza la violencia sino que se aprovecha de una condición de inferioridad ya sea por la minoría de edad, por la incapacidad de resistir, o por el acoso sexual por la superioridad del sujeto agente.

En el caso del acceso o acto sexual con menor de catorce años, no siempre se determina el encuadramiento típico como abusivo por la edad de la víctima, porque si la conducta del agente se despliega con violencia, la tipificación se da con relación a los tipos penales de violación, no de abuso.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han considerado que es violación sexual y no abuso, cuando se accede carnalmente a la persona o se realizan actos sexuales sobre esta diferentes al acceso carnal, sin que pueda expresar oposición o resistencia, entendiéndose como un acto violento ontológicamente; y cuando la puede expresar, el juez puede valorar y atenerse a si se opuso o no, y encuadrar la conducta de acuerdo a lo demostrado, siendo violación si se resistió, y abuso si lo consintió.

El acto sexual violento se diferencia del acto sexual abusivo, precisamente porque en el primero se elimina la voluntad de la víctima mediante la violencia,

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

mientras que en el segundo se aprovecha de la condición de indefensión o inferioridad de la víctima.

El acto sexual violento se describe en el artículo 206 del C.P., en los siguientes términos:

“El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá (...)”.

Los actos sexuales con menor de catorce años están descritos en el C.P., en el artículo 209, en los siguientes términos:

“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 el presente caso, como se concluyó en la valoración de la prueba, se demostró que JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA tomó por la fuerza a la menor V.P.G.R., cuando ingresó al taller de carpintería, la trasladó al baño, le realizó actos sexuales diferentes al acceso carnal, mediante tocamientos libidinosos que fueron rechazados por la menor, obligándola a tocarle el pene, dándosele plena credibilidad al dicho de la ofendida quien asegura que se trató de defender dándole puños a su agresor, diciéndole que era un “viejo cochino”, impidiendo con sus manos que le desapuntara el pantalón por lo que los tocamientos los realizó por encima de las prendas de vestir.

Así entonces, se está frente a un delito de actos sexuales violentos, en los que la violencia fue utilizada por el acusado para realizar la conducta, la fuerza física fue el medio para lograr su finalidad, y no el abuso de la condición de inferioridad de la víctima por la minoría de edad.

Se dice por la Fiscalía en el recurso, que la violencia ejercida fue la propia del acto realizado pero no el medio para doblegar la voluntad de la víctima; sin embargo, se demostró lo contrario, porque precisamente al dársele credibilidad al dicho de la ofendida, debe tenerse en cuenta que ésta siempre manifestó que puso resistencia a la conducta realizada por su agresor, que le pegaba en las

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

manos, que le daba puños, que impidió que le quitara el pantalón, que la obligó a tocarle el pene, que incluso le pidió ayuda a la esposa del procesado cuando llegó al lugar, lo cual no puede ser desconocido en el análisis de la prueba para concluir que tan solo fueron actos sexuales abusivos, pues se tendría que omitir el relato circunstanciado de la víctima.

Por lo anterior, concluye la Sala que la conducta realizada por el acusado, como lo señalara la primera instancia, se trata de Acto Sexual Violento descrito en el artículo 206 del C.P., al estar demostrada la violencia del agresor y la resistencia en la medida de sus capacidades de la víctima, a más de la finalidad del sujeto agente, que no era otra diferente a los tocamientos con fines libidinosos, razón por la cual el agresor descubrió el pene y obligó a la víctima ponerlo en contacto con sus manos.

2.4.- De la congruencia entre la acusación y la sentencia, y resolución del caso concreto.

El artículo 448 del C. de P.P., dice lo siguiente:

“Art. 448. Congruencia. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”

La Corte Constitucional al hacer el examen de dicha norma y citando la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia C-025 de 2010, dijo:

“En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio, se tiene que (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume,

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos.”

El principio de congruencia debe predicarse desde la formulación de imputación, la acusación y el sentido del fallo, para garantizar el derecho de defensa, contradicción y debido proceso, permitiéndose la variación de la calificación jurídica pero reuniéndose varios presupuestos de los cuales también se ha ocupado la jurisprudencia.

En reciente pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia se refirió al desarrollo legal y jurisprudencial sobre el principio de congruencia, y los criterios para el cambio de calificación jurídica, en los siguientes términos:

“2.2.1. El desarrollo legal y jurisprudencial del principio de congruencia

(...)

Esta norma ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial, analizado en detalle recientemente por esta corporación en la decisión CSJ SP, 25 May. 2015, Rad. 44287, que será reproducida dada su importancia para la solución del caso objeto de análisis.

(...)

Sobre el alcance de la norma en comento la Corte ha señalado que su quebranto se produce por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) condena por un delito no mencionado fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, iii) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que fue reconocida en la audiencia de formulación de la acusación³³.

³³ Cfr. Sentencias del 6 de abril de 2006. Rad. 24668, del 28 de noviembre de 2007. Rad. 27518 y del 8 de octubre de 2008. Rad. 29338.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

El referido precepto, como de tiempo atrás lo ha dilucidado la Sala, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la Fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y al derecho de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

Es necesario anotar, sin embargo, que desde la SP, 27 jul. 2007. Rad. 26468, la Corte viene admitiendo la posibilidad de variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, es decir, condenar por un delito distinto al contemplado en ésta.

(...)

Más recientemente, en CSJ SP, 12 mar. 2014. Rad. 36108, sostuvo la Corporación:

“... la doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, así por ejemplo en CSJ SP, 27 Jul. 2007, rad. 26468 de 2007, CSJ SP, 3 Jun. 2009, 28649/09, CSJ AP. 7 Abr. 2011, rad. 35179 de 2011 y CSJ SP, 24 Jul. 2012, rad. 32879” (subrayas fuera de texto).

En AP, 24 sep. 2014. Rad. 44458 reiteró la Corte, que cuando de manera excepcional el juez pretenda apartarse de la exacta imputación jurídica

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja Sala Penal

formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, es necesario que respete los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de menor o igual entidad.

(...)

2.2.2. La aplicación de estas reglas legales y jurisprudenciales al caso objeto de análisis.

(...)

En este apartado se abordará el primero de los asuntos propuestos. Para ello, se tendrán en cuenta los criterios desarrollados por la jurisprudencia para definir si el cambio de calificación jurídica realizado por el fallador (respecto de la acusación) afecta los derechos del procesado, a saber: (i) la congruencia fáctica entre la acusación y el fallo impugnado; (ii) la conducta por la que se emite condena debe ser de igual o menor entidad que la propuesta en la acusación, (iii) el delito por el que se condena debe ser del mismo género de los incluidos en la acusación, y (iv) que con el cambio de calificación jurídica no se cause perjuicio a los sujetos procesales y demás intervinientes.”³⁴

En el caso de estudio, la conducta realizada por el procesado no fue imputada fáctica ni jurídicamente, porque se trata de actos sexuales violentos y no de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, siendo de diferente género, y la conducta punible demostrada de mayor entidad a la que se le formularon los cargos en la acusación.

En la formulación de imputación y en la acusación, los hechos fueron narrados así:

“El pasado 15 de junio del año 2009, como a las 2 y 40 horas la señora BLANCA LUCÍA RAMIREZ envió a su menor hija de 12 años de edad, llamada V.P.G.R. a comprar mil pesos de pan, y cuando la niña venía de regreso para su casa ubicada en el barrio Luis Carlos Galán, fue llamada por el señor de la carpintería quien le manifestó que mirara el rompecabezas que él tenía de palo, y cuando la niña fue a coger el rompecabezas, el carpintero la agarró de los brazos por detrás, la llevó al baño, se sacó el pene, le cogió la mano a la niña para que se

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de noviembre de 2015, rad. 42510, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

lo tocara, y le metió la mano dentro del pantalón para cogerle la vagina, se la tocó y luego trató de besarla, instantes en que llega la esposa del carpintero, quien al observar el comportamiento de su esposo reacciona agrediendo física y verbalmente a la menor a quien hace caer y le propina una patada en la vagina, y como la niña gritaba llegaron los padres de la menor, quien luego de escuchar la versión de la menor procedieron a informar dicha novedad a las autoridades de policía.”³⁵

A JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA se le formuló imputación y se le acusó por dichos hechos, como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, conforme al artículo 209 del C.P., modificado por el artículo 5 de la ley 1236 de 2008.

De la valoración probatoria se concluyó que el acusado realizó la conducta de actos sexuales sobre la menor víctima V.P.G.R., pero que fueron violentos, conforme la descripción típica del artículo 206 del C.P.

En conclusión, la Fiscalía no demostró los cargos por los cuales formuló imputación y acusó a JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA, siendo imposible proferir una sentencia condenatoria por los hechos que realmente se demostraron tuvieron ocurrencia.

Por las anteriores razones, no siendo posible la pretensión de la recurrente de variar la calificación jurídica de la acusación por el realmente cometido por el acusado, ni pudiéndose declarar culpable por el delito por el que la Fiscalía pidió la condena, tratándose de delitos de distinto núcleo fáctico y distinto género, la Sala considera que le asiste razón a la primera instancia al absolver al procesado de los cargos formulados en su contra.

Tampoco es posible declarar la nulidad de la actuación por violación al principio de la tipicidad estricta, como lo solicitó la Fiscalía en el recurso de apelación para que la conducta realizada no quede impune, porque como lo ha señalado la jurisprudencia en las providencias anteriormente citadas, la solución es la absolución o la condena por los delitos y hechos por los que la Fiscalía

³⁵ CD Fl. 39, Fl. 153, CD fl. 163, audiencia de formulación de imputación del 8 de febrero de 2012, escrito de acusación, y acusación en audiencia del 26 de abril de 2012.

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

formuló los cargos, no siendo viable invadir el juez la competencia de la Fiscalía lo que ocurriría con la nulidad para que se corrija la formulación de imputación y acusación, con lo cual se vulnerarían las garantías fundamentales del procesado.

En conclusión, se confirmará la sentencia de primer grado, mediante la cual se le absolvió al señor JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA del delito de actos sexuales con menor de catorce años.

En mérito de lo expuesto, y no siendo otros los motivos de impugnación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en su Tercera Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012) por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, mediante la cual se absolvió a JOSÉ EUDILIO ESCALA SIERRA de los cargos formulados en su contra por el delito de actos sexuales con menor de catorce años; por las razones dadas a conocer en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- Oportunamente regresen las diligencias al Despacho de origen.

TERCERO.- Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de Casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ

Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABON ORDOÑEZ

Magistrado

Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja
Sala Penal

CANDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS

Magistrada

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ

Secretario