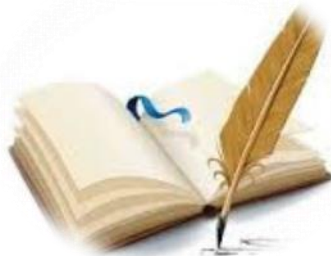


Relatoría Tribunal Superior de Tunja



ACCESO CARNAL ABUSIVO/ Etapa Probatoria/... los elementos materiales de prueba y evidencia física que se ha recolectado en las etapas de indagación e investigación, adelantadas tanto por la Fiscalía o por la Defensa con el apoyo de la policía judicial, como el caso de las entrevistas, informes, interrogatorios, el informe de opinión pericial, etc., elementos que sin duda alguna, pueden dar luces para esclarecer los hechos objeto del juicio, no pueden tener el carácter de prueba en sentido estricto, y solo lo son si son descubiertas, solicitadas y practicadas oportunamente, esto es, descubiertas desde el escrito de formulación de acusación según el caso, pedidas y admitidas en la audiencia preparatoria y practicadas y debatidas en el juicio...”

ACCESO CARNAL ABUSIVO/ Absolución por Duda/...” En las ciencias jurídicas, la certeza exigida para condenar, es una certeza lógica o racional, es decir, una convicción que a la luz de la razón pueda ser defendida socialmente como la más probable, cuya base de objetividad surge en la medida que a la conclusión que llega el fallador, es la misma a la que puede arribar cualquier persona que llegue al conocimiento del caso. Y la duda que se predica en derecho, debe ser igualmente una duda razonable, es decir, una duda que puede formarse en cualquier ciudadano promedio, mediante el estudio lógico y racional de los medios de prueba...”



SENTENCIA No. 059

MAGISTRADA PONENTE: LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ.

APROBADO: Acta N° 058 del dieciséis (16) de junio de dos mil diecisiete (2017). Art. 30, Num. 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja, viernes treinta (30) de junio de dos mil diecisiete (2017), dos de la tarde (2:00pm).

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Proceso Nro. 151766000110201300197 (20140616)

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala Tercera de Decisión Penal de este Tribunal, se ocupa en esta providencia de resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la Fiscalía, contra la sentencia proferida el veintinueve (29) de julio de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, mediante la cual absolvió a JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

HECHOS

La joven A.M.S.A.¹, quien nació el 23 de enero de 1999, conoció en el año 2012 a JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO en el negocio de empanadas que éste tenía en la carrera 10 Nro. 21-38 sector “La Pola” de Chiquinquirá, establecimiento comercial “City Empanadas”, con quien se encontraba frecuentemente en dicho lugar y finalmente tuvo relaciones sexuales; narrando la menor en sus versiones iniciales que tales accesos carnales habían ocurrido en el año 2012, retractándose en el juicio oral donde declaró que había mentido estando orientada por su progenitor en ese entonces en lo que debía decir, pero que en realidad las relaciones sexuales con JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO las había tenido en el mes de febrero de 2013, cuando ya tenía más de catorce años de edad, siendo descubierta por su progenitora por una conversación en la

¹ El nombre y datos de la menor tienen reserva, a excepción para las partes e intervinientes en este proceso y datos de uso oficial, por lo que no podrán ser divulgados a la opinión pública, debiéndose señalar tan solo sus iniciales; todo en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 47 y 193-7 de la Ley 1098 de 2006, y regla 8 de las Reglas de Beijing.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



red social a comienzos del mes de marzo de 2013 dando lugar a la denuncia formulada por su progenitor.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACION DEL PROCESADO

JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO, identificado con C.C. No. 1.052.390.567 de Duitama (Boyacá), nació el 25 de abril de 1990 en Socotá (Boyacá), hijo de HUGO ENRIQUE AVELLANEDA y FLOR MENDIVELSO, bachiller, comerciante, para cuando fue vinculado: administrador del establecimiento comercial “City Empanadas” ubicado en la carrera 10 Nro. 21-38 de Chiquinquirá, residente en carrera 11 Nro. 18-92 de Chiquinquirá.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia del 25 de septiembre de 2013², el Juzgado Primero Penal Municipal de Chiquinquirá con funciones de control de garantías legalizó la captura de JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO practicada previa orden emitida por el homólogo Juzgado Tercero en audiencia del 19 del mismo mes y año³; a quien la Fiscalía Veinticuatro Seccional de Chiquinquirá le formuló imputación como presunto autor del delito de acceso carnal abusivo en menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo descrito en el artículo 208 del C.P., modificado por la ley 1236 de 2008; cargos que no fueron aceptados por el imputado, imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

² Fls. 20-24 y CD.

³ Fls. 7-9 y CD.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



El Juzgado Segundo Penal Municipal de Chiquinquirá con funciones de control de garantías, en audiencia del 23 de diciembre de 2013⁴, negó la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento.

Radicado el escrito de acusación el 19 de noviembre de 2013⁵, el conocimiento del asunto fue asignado por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá.

En audiencia del 16 de enero de 2014⁶, la Fiscalía Veinticuatro Seccional de Chiquinquirá acusó a JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO por los mismos cargos de la formulación de imputación, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, descrito en el artículo 208 del C.P., modificado por la ley 1236 de 2008.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 31 de marzo de 2014⁷, el juicio oral en la sesión del 28 de mayo siguiente⁸, donde practicada la prueba y presentados los alegatos de conclusión, la juez anunció el sentido del fallo absolutorio, ordenándose la libertad inmediata del procesado, y en audiencia del 29 de julio del mismo año⁹ se leyó la sentencia absolutoria contra la cual la Fiscalía interpuso el recurso de apelación, el que fue sustentado por escrito en el término legal¹⁰, siendo concedido en el efecto suspensivo ante este Tribunal en auto del 14 de agosto de 2014¹¹.

El conocimiento para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, fue asignado por reparto a la Sala Tercera de Decisión Penal.

⁴ Fls. 58-60 y CD.

⁵ Fls. 34-37.

⁶ Fls. 85-86 y CD.

⁷ Fls. 116-124 y CD.

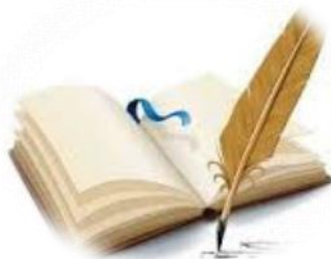
⁸ Fls. 144-149, 183 y CD.

⁹ Fls. 187- 222 y CD.

¹⁰ Fls. 223-237.

¹¹ Fl. 239.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y MOTIVO DE LA APELACIÓN:

1.- De la sentencia de primera instancia.

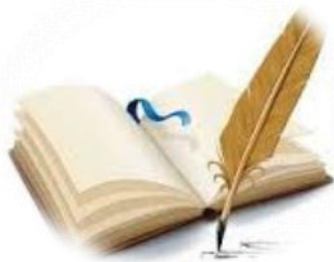
El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá absolvió a JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO de los cargos formulados en su contra como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, por las siguientes razones en concreto:

Luego del recuento de los alegatos de conclusión y de la prueba practicada en el juicio, la Juez precisó los cargos por los cuales fue acusado el procesado, precisó que fue demostrado que la menor A.M.S.A. nació el 23 de enero de 1999 por lo que cumplió los catorce años de edad el 23 de enero de 2013, no existiendo duda alguna que tuvo relaciones sexuales con JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO, solo que no se demostró con certeza el momento de su ocurrencia.

La discusión sobre la fecha de los hechos, cuando A.M.S.A. fue accedida carnalmente por el acusado, se genera en el dicho de la menor en la entrevista al haber afirmado que la primera relación sexual ocurrió en el mes de mayo de 2012, es decir, cuando tenía trece años de edad, y en el juicio sostener que aquello sucedió a partir del mes de febrero de 2013 y hasta cuando su señora madre descubrió la relación que existía entre ella y el procesado, en marzo del mismo año, todo esto, después de haber superado los catorce años de edad.

Afirmó que la menor fue reiterativa en su declaración en el juicio, al relatar que la primera relación sexual con el procesado la tuvo de forma voluntaria después de haber cumplido los catorce años de edad, y que si en la entrevista sostuvo que había sido en mayo de 2012, fue porque su padre le dijo que así debía darlo a conocer ante las autoridades, habiéndola preparado sobre el relato que de los hechos debía hacer; lo cual fue corroborado con el testimonio de la progenitora de la menor, quien sostuviera que cuando su esposo se enteró de lo

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



sucedido, le dijo a la menor que debía decirle al médico legista y a las autoridades donde iban a denunciar, que había sido violada, lo que le generó a ella disgusto habiéndole dicho a su hija que tenía que decir era la verdad, razón por la cual no los acompañó a denunciar, pero que después le preguntó a su hija cuándo había ocurrido los hechos y que ésta le dijo que se había confundido en su relato porque la amistad con el joven que vendía empanadas había empezado cuando era menor de catorce años, pero que las relaciones sexuales fueron después de haber cumplido esa edad.

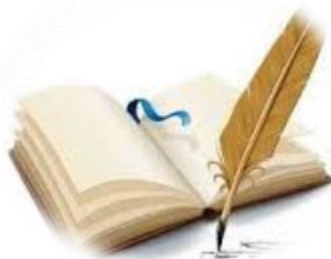
Señaló la juez, que podría pensarse en la existencia de algún interés en favor del procesado al cambiar la menor su versión y teniendo en cuenta que su progenitor había fallecido quince días antes de la audiencia de juicio oral sin que pudiera controvertir su declaración, pero que la menor de manera clara dijo que no se aprovecharía que su padre estuviera muerto para afirmar que él la preparó para que le dijera al médico y a las autoridades que las relaciones sexuales habían ocurrido cuando ella era menor de catorce años.

Consideró que la única prueba sobre la conducta punible y responsabilidad del acusado, esto es, que la menor fue accedida carnalmente por el procesado cuando aquella tenía menos de catorce años, era la entrevista y el informe médico sexológico, pero que este no daba la certeza de la fecha del acceso carnal y aquella la calificó como prueba de referencia, no pudiendo ser el fundamento de una sentencia condenatoria.

Concluyó la existencia de la duda sobre la fecha de ocurrencia de los hechos, ante las diferentes versiones de la menor, no estando desvirtuada la presunción de inocencia del procesado, en favor de quien se debía resolver la incertidumbre, razón para proferir la sentencia absolutoria.

2.- Del motivo de la apelación.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



2.1.- El Fiscal Veinticuatro Seccional de Tunja sustentó la apelación solicitando se revoque la sentencia absolutoria y en su lugar se condene a JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO por los cargos formulados en su contra, al encontrar demostrados los siguientes hechos:

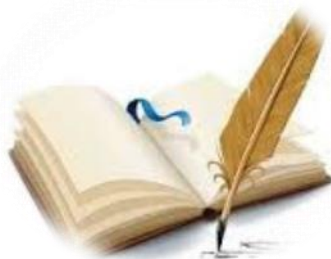
Que la menor A.M.S.A y el acusado se conocieron donde éste labora en el establecimiento público “City Empanadas”, en el mes de abril de 2012, cuando la menor tenía trece años de edad hasta el 23 de enero de 2013, habiendo sido valorada la menor por el médico legista el 4 de marzo de 2013 evidenciándose que presentaba desgarró de himen con más de 10 días de antigüedad, informando la menor al médico, que había tenido relaciones sexuales desde mayo de 2012 con una periodicidad de cada mes o cada dos meses, lo cual también dio a conocer en entrevista ante funcionaria de policía judicial y en la valoración psicológica, pero retractándose en el juicio aduciendo haber sido adoctrinada por su padre para que atribuyera la conducta al procesado cuando la menor aún tenía trece años de edad.

Cuestiona la valoración probatoria que hiciera la primera instancia, considerándola defectuosa al no hacer un análisis integral, citando jurisprudencia sobre la retractación, afirmando que en el caso concreto la misma ocurrió por el síndrome de acomodación por el sentimiento de culpa por lo que le pudiera ocurrir al procesado, razón por la cual la menor acomodó su dicho en el juicio para favorecerlo; reclamando el recurrente un estudio integral, imparcial, justo y razonable, en favor del principio *pro infans*, debiendo dársele credibilidad a las versiones rendidas por la menor en la etapa preliminar de la investigación.

2.2.- El Defensor como no recurrente, presentó escrito en la misma fecha que se concedió el recurso de apelación, por lo que no se tendrá en cuenta por ser extemporáneo.

CONSIDERACIONES

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



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, por haber tenido ocurrencia los hechos en esta 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.).

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.

Con este preámbulo, 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, advirtiéndolo el recurrente que las primeras versiones de la menor son creíbles, no existiendo duda sobre la fecha de ocurrencia de los hechos que están descritos como punibles y la responsabilidad penal del acusado, de quien pide la condena.

2.1.- Pruebas:

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

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Estipulaciones:

Se acordaron entre la Fiscalía y la Defensa como hechos probados¹² los siguientes:

1.- La fecha de nacimiento de A.M.S.A., el 23 de enero de 1999; según el registro civil de nacimiento.

2.- La identificación del acusado JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO, con cédula de ciudadanía número 1.052.390.567 expedida en Duitama; conforme dicho documento.

3.- La individualización y arraigo del acusado JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO, nacido el 25 de abril de 1990 en Socotá (Boyacá), hijo de HUGO ENRIQUE AVELLANEDA y FLOR MENDIVELSO, bachiller, comerciante, administrador del establecimiento público “City Empanadas”, residente en la carrera 11 Nro. 18-82 de Chiquinquirá; acreditado con el informe de la investigadora criminalística LUZ MARINA DÍAZ ARIAS y fotocopia de la tarjeta de preparación decadactilar expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

4.- La carencia de antecedentes penales del acusado JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO; conforme al oficio de la SIJIN del 23 de abril de 2013.

5.- Que los hechos objeto de investigación ocurrieron en el inmueble ubicado en la carrera 10 Nro. 21-38 sector “La Pola” de Chiquinquirá, establecimiento comercial “City Empanadas”; de acuerdo al acta de inspección a lugares del 25 de abril de 2013, informe de investigador de campo del 30 del mismo mes y año álbum fotográfico.

¹² Fls. 150-166, incorporados en audiencia de juicio oral del 28 de mayo de 2014, grabación CD fl. 183, a partir del minuto 9’25” pista uno.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Testimonios:

1.- **ALBA BERTILDE ALARCÓN VILLAMIL**¹³, madre de la menor A.M.S.A., residente en Chiquinquirá, casada con NAPOLEÓN IGNACIO SALAZAR quien había fallecido quince días antes de rendir esa declaración, trabajaba en un negocio de internet que tenía a la vuelta de donde se encontraba el establecimiento de comercio de empanadas que tenía el acusado.

De las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos, dijo que por la red social Facebook utilizada por su hija, la cual había dejado abierta, pudo conocer que por ese medio se comunicaba con el señor JHON AVELLANEDA MENDIVELSO, razón por la cual ese mismo día en horas de la noche llegó furiosa a la casa a reclamarle a la menor A.M.S.A. preguntándole qué era lo que tenía con JHON JAIRÓ, pero aquella le cerró la puerta de la habitación, volviendo a preguntarle sin obtener respuesta, por el contrario, fue recriminada por su esposo NAPOLEÓN IGNACIO quien muy disgustado le exigió que no molestara a la niña, no creyéndole la sospecha que tenía sobre la presunta relación que podía tener su hija con el señor de la venta de empanadas, teniendo en cuenta la conversación que había visto en la red social donde el joven la invitaba a ir al negocio y la menor le respondía que no podía en ese momento.

A la mañana siguiente, la niña se fue a estudiar y su esposo NAPOLEÓN IGNACIO habló con JHON JAIRÓ y luego fue al negocio de ella, diciéndole que no era cierto que su hija tuviera relación alguna con el joven de la venta de las empanadas porque éste le había negado tal hecho, precisándole que solo se saludaban cuando la mandaban a comprar empanadas o pasaba por allí a hacer otros mandados.

A la mañana siguiente, aproximadamente a las cinco o seis de la mañana, ella ingresó a la habitación de su hija, pegándole una palmada y reclamándole

¹³ Registro CD de audio obrante a folio 183, a partir del minuto 49'18" pista uno, sesión del juicio oral del 28 de mayo de 2014.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



para que le dijera qué era lo que tenía con el muchacho de la venta de las empanadas, si había tenido relaciones sexuales con él, que la iba a llevar a un doctor, que si estaba “enredada” con ese joven, frase que dice la testigo siempre utilizó para referirse a la sospecha que tenía; respondiéndole la menor en voz baja de manera afirmativa, que una o dos veces había sucedido; respuesta que escuchó su esposo NAPOLEÓN IGNACIO, quien de inmediato se levantó, fue a la Fiscalía y formuló la denuncia, regresando requiriéndola a ella y a la menor para que se alistarán porque tenían que ir al examen médico, pero precisándole a la niña que a partir de ese momento tendría que siempre decir que el joven la había violado, por lo que ella, la testigo, protestó, diciéndole que lo que tenía que decir era solamente la verdad, generándole disgusto la exigencia de su esposo, reprochándole que se fuera a poner a decir lo que no había sucedido pudiendo ir a la cárcel después por faltar a la verdad, razón por la cual ella no fue a acompañarlos al médico, como tampoco a las citaciones que les hicieron para la valoración por psicología y otras diligencias.

Dijo no recordar las fechas, no pudiendo precisar cuándo fue que su hija le confesó haber tenido relaciones sexuales con el acusado, la mandaba a comprar las empanadas durante los años 2012 o 2013, sin precisar; reiterando que su esposo le dijo a la niña antes de ir al médico que, en adelante, le debía decir al doctor o a quien le preguntara si habían tenido relaciones, que el acusado la había violado, diciendo aquél que tenía que enseñarle a “ese pendejo” que no se debía meter con jovencitas, niñas menores de 18 años.

En el contrainterrogatorio, afirmó la testigo, haber escuchado en la primera audiencia que era delito cuando el hecho sucedía con menor de catorce años, pues si era mayor de esa edad no era delito, y que el abogado le había dicho que alguien, terceras personas, estaban manipulando a la niña, por lo que ella protestó pero le dijeron que se callara; entonces después de la diligencia, cuando llegó a la casa, ella le preguntó a su hija cuándo era que se había “enredado” con ese muchacho porque el abogado había dicho que la estaban manipulando, y que la niña le contestó que si recordaba lo que le había dicho el papá, por lo que ella le

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



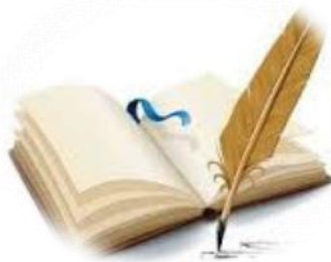
dijo que tenía que acordarse en qué fecha había tenido las relaciones sexuales con el muchacho, respondiéndole la niña que era que no le ponía cuidado cuando le hablaba, ni la dejaba hablar, aclarándole que cuando ella le había preguntado “cuando se enredó con ese muchacho” le había respondido que en mayo pero no cuando había tenido la relación porque eso no era lo que le había preguntado, que cuando esto había sucedido, ya había cumplido los catorce años; precisando la testigo que la verdad cuando le reclamó y le pidió que le respondiera si había tenido relaciones sexuales, a ella solo le interesaba saber si había ocurrido porque podía estar embarazada, pero no le puso atención a lo que le pudiera contar.

2.- La menor **A.M.S.A.**¹⁴. Fue interrogada por el Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar previo cuestionario. Dijo estar estudiando en grado décimo, con quince años de edad, quien declaró bajo juramento con las prevenciones de ley, nació el 23 de enero de 1999, para el año 2012 tenía trece años, la relación con la progenitora ha mejorado.

Sobre los hechos objeto de investigación, dijo no haberle comentado nada a su mamá, pero al ser descubierta tuvo que contarle, inicialmente no lo hizo porque ella no la dejaba hablar, cuando estuvo más calmada le contó lo que realmente pasó, pues su papá fue el que instauró la denuncia, en ese momento él ya se encontraba enfermo, siempre procuró guiarla y buscar el bien para ella, sin embargo, cuando se enteraron que entre el acusado y ella había sucedido algo, no le permitieron hablar, acudieron inmediatamente ante las autoridades y su papá la orientaba en lo que debía decir, como era profesor, inteligente y conocía las leyes, la requería para que dijera que la relación sexual había sido antes de cumplir los catorce años, señalándole qué tenía que responder a las preguntas que le hicieran, insistiéndole en lo que debía sostener.

¹⁴ Registro CD de audio obrante a folio 183, a partir de la hora 1:15’20” pista uno, sesión del juicio oral del 28 de mayo de 2014.

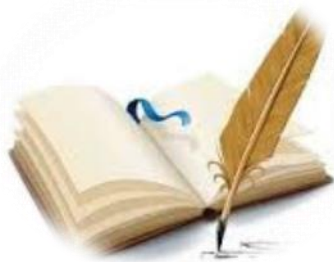
Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Precisó que las relaciones sexuales con el acusado ocurrieron cuando ella ya tenía catorce años, pero lo que tiene entendido es que es delito cuando ocurren antes de esa edad, por lo que su papá le decía que afirmara que ella había tenido las relaciones sexuales antes de los catorce años; narró que ella iba al negocio del acusado JHON FREDY AVELLANEDA a comprar empanadas, hablando con él siempre que iba, durante un poco más de ocho meses, y que en febrero de 2013 fue cuando sucedieron los hechos investigados, fue cuando tuvo relaciones sexuales, un día que fue a comprar empanadas aproximadamente a las una de la tarde, para ese entonces ella ya tenía catorce años, presentándose las relaciones sexuales completamente consentidas, nunca él la convenció o forzó, fue todo bajo su voluntad y autorización, sin describir detalles afirmando la testigo que le incomoda hablar del tema. Afirmó que su mamá se enteró de lo sucedido en el mes de marzo de 2013, preguntándole cuando se había “enredado” con él, entendiendo ella en los términos usados por su progenitora que le preguntaba desde cuándo se había empezado a hablar con el acusado, o desde cuándo se había afianzado la relación con el joven que vendía las empanadas, por lo que le respondió que desde abril del año 2012, o no recuerda exactamente qué le contestó, pero que desde abril de 2012 sostenía charlas continuas con JHON FREDY, sin que le hiciera insinuaciones o solicitudes de carácter sexual, pudiendo decir que desde abril de 2012 hasta febrero de 2013 tuvieron una relación afectiva, de amistad, naturalmente existiendo abrazos y besos sin recordar exactamente la fecha desde cuando eso sucedió, sin que pudiera decirse que eran novios, solo existían besos y abrazos, teniendo las relaciones sexuales ya en el año 2013.

En el colegio donde estudiaba y en su entorno donde vivía, el tema sexual lo trataban en burla, sin que pasara a ser morboso, ella quería mucho a su padre, pero no tenían mucha confianza como para contarle lo de sus relaciones; su papá le indicó lo que debía responderle a la justicia sobre los hechos investigados, insistiéndole que simplemente sostuviera que habían tenido las relaciones sexuales antes de tener los catorce años; en el año 2012 no tuvieron relaciones sexuales, estas ocurrieron en febrero de 2013 en dos oportunidades, presentando su papá la denuncia en el mes de marzo de ese año; ella siempre supo que JHON

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



FREDY AVELLANEDA era casado o convivía con una señora a quien ella conocía porque varias veces la vio en el negocio de las empanadas, sabía que ellos esperaban un hijo, que él tenía aproximadamente veintidós años, era de Duitama y su familia tenía otro negocio de empanadas, todo lo conoció en las charlas que tuvo con el acusado.

Reconoció haber rendido entrevista ante funcionaria de policía judicial, de la que se le dio lectura en los apartes en los que señaló la entrevistada que después de varias charlas con el acusado, cuando ella tenía trece años, tuvo con aquél relaciones sexuales varias veces en el año 2012; interrogándosele si eso era lo que realmente había ocurrido, respondiendo la testigo que ya lo ha reiterado que su papá era quien le decía lo que tenía que declarar, pero que las relaciones sexuales solo se presentaron dos veces en el mes de febrero de 2013, que fue su papá quien le dijo cómo y qué debía decir sobre los hechos y la edad, su padre la quería mucho y le decía que ese muchacho se había burlado de ella por lo que debía declarar de la forma que le indicaba; fue cierto, afirmó la testigo, que tuvo relaciones sexuales pero cuando ya tenía catorce años, no antes, no como su papá le indicó debía decir.

Sobre los sentimientos de culpa y lástima, los ha sentido porque considera que finalmente ella cometió un error grandísimo con el que lastimó a las personas que los rodean, a ella y al acusado, afirmando que con su papá prepararon lo que debía decirle al médico, su papá en sus términos y buenas maneras después de haber instaurado la denuncia o desde que se enteró de lo ocurrido, cuando tenía la oportunidad de hablarle le decía lo que tenía que declarar y cómo lo debía decir; después del primero de marzo de 2013, cuando su madre descubrió la relación entre ella y el acusado, no volvió a encontrarse con éste.

Siendo interrogada por la Juez, afirmó no haber sido amenazada ni coaccionada para retractarse de lo inicialmente relatado ante el médico y la funcionaria de policía judicial, y que sabe que ella mintió allí ante los funcionarios de la Fiscalía y los forenses por las orientaciones que le dio su padre quien la

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



convenció que era lo mejor para ella, que la hizo entender que el acusado se había burlado de ella, que lo que había ocurrido era un ultraje y una burla; habiendo mentido de manera impresionante, queriendo corregir lo que había hecho, sin que le hayan ofrecido dádiva o contraprestación por declarar lo que relatado en la audiencia de juicio oral; negó que se quisiera aprovechar que su padre falleció para culparlo de haberla presionado u orientado en lo que tenía que responder a los distintos funcionarios, pues podría seguir sosteniendo lo que dijo en las entrevistas porque sabe que su padre por el gran cariño que le tenía, quiso protegerla, haciéndole creer que el acusado se había burlado de ella, que tenía que defender su honor y la convenció para que dijera que habían tenido las relaciones sexuales cuando tenía trece años, pero que eso no es cierto y no puede seguir mintiendo.

Con esta testigo, se incorporó la entrevista por ella rendida de fecha 15 de abril de 2013 ante la investigadora criminalística ALBA MARÍA SALAZAR ALARCÓN¹⁵.

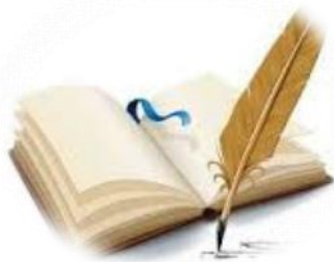
3.- El acusado **JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO**¹⁶, soltero, bachiller, para cuando declaró trabajaba en un negocio comercial de venta de empanadas.

Interrogado por el Defensor, dijo haber conocido a la menor A.M.S.A. en el negocio donde él trabajaba, allí entra mucha gente, siempre aquella entraba a comprar empanadas, frecuentaba el negocio, la conoció aproximadamente en junio de 2012, allí se hicieron amigos, cuando pasaba por allí así no fuera a comprar empanadas, se hablaban, pasaba a saludarlo, después llegaron a tener una relación y luego pasó lo que generó la investigación de los hechos; aquella le comentó que vivía cerca, que su mamá tenía un negocio aproximadamente a media cuadra, se hicieron muy buenos amigos y después empezaron a suceder

¹⁵ Fls. 174-179.

¹⁶Registro CD de audio obrante a folio 183, a partir del minuto 6'15" pista dos, sesión del juicio oral del 28 de mayo de 2014.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



otras cosas, eso ya fue en febrero de 2013, existió una relación sentimental, se querían mutuamente, no fueron novios porque nunca hablaron de ese tema, si iban a tener algo en serio, pero tuvieron relaciones sexuales dos veces, la primera vez solamente lo intentaron pero no existió la relación sexual como tal, la segunda vez ocurrió aproximadamente el 16 de febrero de 2013, eso ocurría aproximadamente a la una de la tarde cuando cerraba el negocio para ir a almorzar, comunicándose previamente por teléfono o por la red social Facebook, y el día que ocurrió las cosas se dieron de un momento a otro, simplemente pasó.

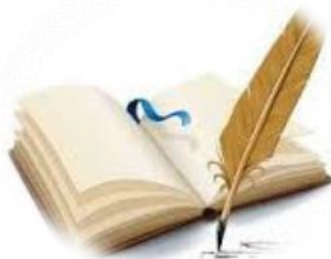
Afirmó no haberse enterado cuál era la edad de la menor, no hablaron del tema, no vio problema por eso porque siempre hablaban cosas muy maduras y la joven se comportaba como tal, viéndola físicamente como una mujer muy desarrollada, sin que la haya obligado a tener esa relación, ni le pagó, ni actuó de mala fe, no utilizó violencia, desde septiembre se hicieron muy buenos amigos y las relaciones sexuales no ocurrieron antes del 16 de febrero de 2013, antes se saludaban de beso en la mejilla como amigos, no existieron besos y abrazos de una relación de noviazgo; él es padre de un niño que tuvo como resultado de una relación de noviazgo con la mamá del menor, que se terminó en el mes de diciembre de 2012.

Prueba Pericial:

1.- **SHIRLEY CAROLINA LINARES PINEDA**¹⁷. Psicóloga especialista en psicología clínica y psicología jurídica y forense, vinculada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como Psicóloga, para cuando declaró tenía ocho años de experiencia en su profesión. En el caso de estudio, realizó la valoración psicológica a la menor A.M.S.A., el 6 de junio de 2013, rindiendo el informe respectivo que fue reconocido, explicando el procedimiento que se utiliza en tal diligencia.

¹⁷Registro CD de audio obrante a folio 183, a partir del minuto 20'05" pista uno, sesión del juicio oral del 28 de mayo de 2014.

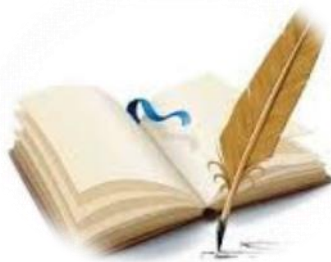
Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Dejó plasmado la identificación de la menor valorada, el objetivo era conocer el estado mental de la adolescente, quien no quiso responder a la entrevista sobre los hechos por lo que no fue posible utilizar el protocolo completo en la valoración, utilizándose los documentos allegados que correspondían a la orden de policía judicial, el formato de noticia criminal, las entrevistas realizadas por los funcionarios de policía judicial a la adolescente y a sus progenitores; para cuando se hizo la valoración la menor tenía 14 años, cursaba noveno grado de instrucción, residía con sus padres, en ese momento su padre de 64 años se encontraba hospitalizado con delicado estado de salud, teniendo una relación conflictiva con la madre quien utilizaba el castigo físico para corregirla, rehusándose a responder cualquier pregunta sobre el presunto abuso sexual, habiendo manifestado que tuvo una relación de noviazgo que sus padres no conocieron y con el acusado no tuvo relación de noviazgo pero se conocían para ese momento desde hacía un año aproximadamente.

En las conclusiones señaló la perito que la adolescente hacía parte de familia nuclear, que se encontraba atravesando una situación difícil por la enfermedad del padre, lo que generara sentimientos de tristeza y culpa; y a pesar de no querer hablar de los hechos denunciados, se informa que la adolescente reveló sentimientos de tristeza y culpa muy específicos, asociados con la enfermedad de su padre, creyendo que ella había aportado a tal situación con el problema que generó a nivel familiar, y también con la situación del procesado, de quien se refirió que tenía un hijo, el cual se vería afectado si su padre fuera privado de la libertad; no presentando dificultades la adolescente en sus funciones superiores de lenguaje, atención, memoria, conciencia, sabiendo por qué estaba siendo valorada pero sin querer hablar de los hechos objeto de investigación.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Con esta perito testigo, previa lectura del documento, se incorporó el informe de valoración psicológica a la menor A.M.S.A., de fecha 6 de junio de 2013¹⁸.

2.- **CARLOS ANDRÉS CASTAÑEDA ISAZA**¹⁹. Médico profesional forense, jefe de la Unidad Básica del Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses en Chiquinquirá, explicando su labor en la emisión de dictámenes periciales forenses; afirmando fue quien le practicó el examen médico legal sexológico a la menor A.M.S.A., estando presente el progenitor como acudiente, reconociendo el dictamen por él rendido el 4 de marzo de 2013 cuando fue valorada.

En la anamnesis se consigna lo dicho por el paciente o acudiente en la entrevista que se le hace al momento de hacerse la valoración, en el presente caso fue entrevistada la paciente examinada el 4 de marzo de 2013 a las 8:45 horas y en el informe se dice: *“ANAMNESIS: Dictamen realizado con previo consentimiento informado, en compañía de Acudiente (progenitor), se toman huellas monodactilares de índices derechos y firmas. Refiere que: “en el mes de mayo del año pasado me encontraba en un lugar llamado city empanada en la Pola, nada ocurrió contra mi voluntad, el dueño del negocio con el cual ya habíamos hablado en varias ocasiones me dijo que fuéramos al baño, tuvimos relaciones; se colocó un condón; cada uno o dos meses, teníamos relaciones de igual forma; El es mayor de edad y tiene esposa; mi papá lo denunció porque El me engañó solo para buscar eso”*²⁰.

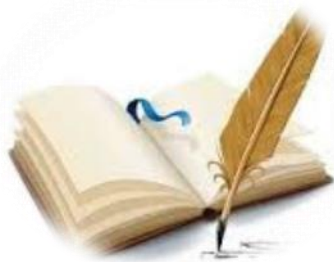
Afirmó que la paciente estuvo acompañada por su progenitor pero que no le consta que éste la hubiese asesorado, eso no lo puede saber, no observó nada anormal. Para la práctica del examen siguió el protocolo establecido por el Instituto de Medicina Legal denominado “abordaje técnico médico legal para

¹⁸ Fls. 167-173.

¹⁹ Registro CD de audio obrante a folio 183, a partir de la hora 2:48’10” pista uno, sesión del juicio oral del 28 de mayo de 2014.

²⁰ Fl. 182, informe técnico médico legal sexológico.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja

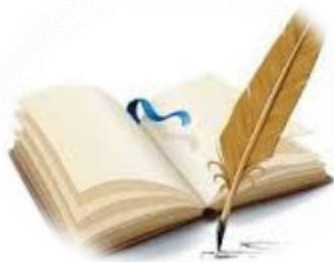


lesiones sexológicas”, entrevistando a la paciente sobre los hechos que motivaron el examen, indagándola luego sobre los antecedentes ginecológicos, antropométricos sobre las características sexuales secundarias para determinar la edad, precisando que tenía una edad clínica aproximada de catorce años lo que concordó con el documento aportado, posteriormente se le practicó el examen corporal general para determinar si existía algún tipo de lesión y por último se le realizó el examen genital emitiendo la conclusión.

Haciendo la lectura del informe sobre el examen genital, explicó que se hizo en la posición de litotomía, adecuada para tal efecto, siendo la misma que se utiliza para cuando hay un parto, boca arriba con las piernas separadas para permitir la visualización directa de los órganos a examinar, observando que presentaba genitales externos femeninos normales, hallando el himen de forma festoneada, dilatable, con desgarramiento antiguo en el meridiano de las siete, lo que indica que tuvo relaciones sexuales, que ha existido una cicatrización de lesiones en el himen, el cual es un tejido que cicatriza rápidamente, según las investigaciones entre diez y doce días, lo que permite saber si es anterior o posterior a esos diez días, en el caso concreto se dice que es una desfloración antigua por estar cicatrizada la lesión, es decir, mayor de diez días, el ano y región perianal no tenían signos de lesión, apreciándose moderada secreción blanqueada amarillenta olorosa, a nivel de los labios menores, compatible con desaseo, sin signos de embarazo; habiendo sugerido valoración por psiquiatría y/o psicología clínica.

Aclaró que, si la persona ha tenido relaciones sexuales en un término no mayor a diez días antes del examen, es posible que se pueda determinar por hallazgos recientes de edema, eritema, enrojecimiento o presencia de desgarramientos sin cicatrizar, presencia de sangrado aún en hechos no violentos, pero que en el examen practicado ninguna de esas manifestaciones se presentó.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Con su testimonio se incorporó el informe pericial médico legal sexológico del 4 de marzo de 2013 de la valoración a la menor A.M.S.A., previa lectura del mismo²¹.

Documentos:

Como documentos y evidencias se allegaron al juicio los que fueron incorporados con las estipulaciones, los testigos y los peritos, los que ya fueron relacionados.

2.2.- Valoración de las pruebas y hechos demostrados.

La Fiscalía cuestionó la sentencia de primer grado, respecto a la valoración probatoria, al haber tenido en cuenta el testimonio de la menor víctima rendido en el juicio y advertir la duda sobre la fecha de ocurrencia de los hechos, alegando que debe ser analizada la prueba de manera integral dándole credibilidad a lo dicho por aquella pero en sus versiones preliminares y no a la retractación que se presentó por el síndrome de acomodación por el sentimiento de culpa de la menor, queriendo favorecer al procesado.

La Sala 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 quienes son víctimas de 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, 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

²¹ Fls. 182-183.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

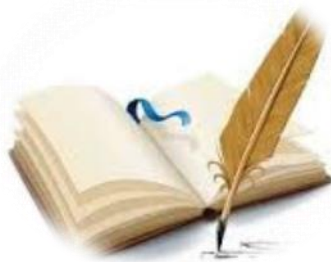
Es claro para la Sala, que la prueba fundamental de la situación fáctica en este proceso, como sucede en la mayoría de los casos de agresión sexual, es el testimonio de la menor presunta víctima, quien dio a conocer que mantuvo relaciones sexuales con el acusado, solo que en las primeras versiones manifestó que los hechos habían ocurrido en el año 2012 y en el juicio oral precisó que fue en el año 2013 cuando ya era mayor de catorce años. Sin embargo, también se cuenta con otros medios de conocimiento de los que se puede deducir el grado de veracidad del relato que hiciera la menor A.M.S.A.

Los medios de prueba, elementos materiales probatorios, y evidencia física que se deben valorar, son únicamente los que fueron legalmente enunciados, descubiertos, admitidos, decretados, y practicados o debatidos en el juicio; precisión que obedece a que se hace referencia al dicho de la menor en una entrevista ante una funcionaria de policía judicial, la cual fue aportada al juicio, habiéndose dado lectura a uno de sus apartes sobre la fecha de los hechos, sobre lo cual giró el debate de aquella versión, entendiéndose incorporada legalmente, siendo errónea la calificación de prueba de referencia que la juez a quo le dio a lo dicho por la menor en la entrevista o lo narrado a los peritos forenses.

El régimen probatorio del sistema penal acusatorio vigente, consagra las ritualidades tendientes a que el debate de la prueba en todas sus aristas (recaudo, admisión, práctica e incorporación), garantice de manera irrestricta los Derechos y Garantías Fundamentales de quienes intervienen en el proceso penal, con mayor trascendencia de quien es convocado a juicio, todo esto, dentro del principio rector de contradicción consagrado en el artículo 15 del C. de P.P.

Por tanto, los elementos materiales de prueba y evidencia física que se ha recolectado en las etapas de indagación e investigación, adelantadas tanto por la Fiscalía o por la Defensa con el apoyo de la policía judicial, como el caso de las

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



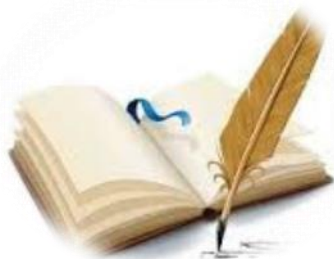
entrevistas, informes, interrogatorios, el informe de opinión pericial, etc., elementos que sin duda alguna, pueden dar luces para esclarecer los hechos objeto del juicio, no pueden tener el carácter de prueba en sentido estricto, y solo lo son si son descubiertas, solicitadas y practicadas oportunamente, esto es, descubiertas desde el escrito de formulación de acusación según el caso, pedidas y admitidas en la audiencia preparatoria y practicadas y debatidas en el juicio. Así lo ha dicho la jurisprudencia, desde los albores de entrada en vigencia el nuevo sistema penal acusatorio:

*“Y es precisamente en este punto donde la Sala quiere hacer énfasis con el fin de determinar el alcance de las regulaciones probatorias en el nuevo sistema de juzgamiento penal, pues aunque el legislador ha contemplado múltiples etapas en la averiguación de la verdad, éstas, en toda su dimensión, se concentran en el juicio. Ello porque los resultados de la actividad investigativa de la Fiscalía y la defensa en las fases anteriores al mismo no tienen el carácter de “prueba” en sentido estricto, **naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público, con total respeto de los principios arriba enunciados.** (Se resalta fuera de texto).*

(...)

*Pero los elementos materiales probatorios obtenidos de los actos de investigación, que de acuerdo con el desarrollo traído en el libro II, títulos I y II del código en cuestión pueden ser armas, instrumentos, objetos, dineros, bienes, huellas, etc. (artículo 275), así como entrevistas, declaraciones de eventuales testigos o interrogatorios a indiciados o informes de investigadores de campo o de laboratorio, **tienen la potencialidad de convertirse en prueba si son presentados ante el juez de conocimiento en el curso del juicio oral, siempre y cuando en desarrollo del citado principio de inmediación, el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia declare ante el juez (testigo de acreditación) o los testigos o peritos se sometan al interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes.** (Se resalta fuera de texto).*

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



(...)"²²

Del análisis probatorio en conjunto, se puede concluir que la menor A.M.S.A., ha dado a conocer las diferentes circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos ante los funcionarios que han conocido el caso y en el juicio en este proceso, pero no ha sido uniforme en cuanto a la fecha de los mismos.

Está demostrado por los testimonios ALBA BERTILDA ALARCÓN VILLAMIL y su hija A.M.S.A., que quien formuló la denuncia por los hechos investigados fue el señor NAPOLEÓN IGNACIO SALAZAR, padre de la menor, quien falleció quince días antes de llevar a cabo la audiencia de juicio oral donde se practicó la prueba.

Madre e hija, dan a conocer que cuando A.M.S.A. fue descubierta en los primeros días del mes de marzo de 2013, que sostenía relaciones sexuales con el señor JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO, el señor NAPOLEÓN IGNACIO SALAZAR de inmediato ejerció su poder de padre indicándole a su hija que debía incriminar al acusado de haber cometido un ilícito; ALBA BERTILDA afirmó que su esposo le precisó a la niña que a partir de ese momento tendría siempre que decir que había sido violada, lo que generó disgusto en la progenitora de la menor quien le reprochó, diciéndole que tenía que declarar era solamente la verdad, advirtiéndole que de faltar a la misma podía ir a la cárcel, razón por la que no acompañó a su hija o a su esposo a la valoración del forense.

En efecto, quien acompañó a la menor A.M.S.A. y estuvo presente en el examen sexológico practicado el 4 de marzo de 2013, fue el progenitor, y en el relato que la niña le hizo al médico afirmó que su papá fue quien denunció al procesado porque la engañó solo para tener las relaciones sexuales, así se refirió: *“mi papá lo denunció porque El me engañó solo para buscar eso”*.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 9 de noviembre de 2006, rad.25738, M.P. Sigifredo Espinoza Pérez.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Para la entrevista que recibiera la funcionaria de policía judicial el 15 de abril de 2013, igualmente el acta de consentimiento fue suscrita por el señor NAPOLEÓN IGNACIO SALAZAR como representante legal de la menor, y al ser interrogada sobre las razones por las cuales fue citada a rendir la entrevista, la menor contesto que era para dar la versión de los hechos porque el papá fue a denunciar por abuso infantil, *“con relación a que un mayor de edad sostuvo relaciones sexuales con una menor de 13 años, y que era yo”*.

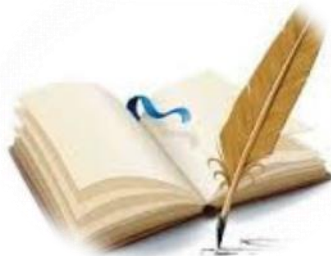
En la valoración psicológica del 6 de junio de 2013, según el informe pericial, el consentimiento informado fue suscrito por la progenitora de la menor, indicándose dificultades de salud del progenitor.

Y la menor A.M.S.A. en el juicio, fue enfática y reiterativa en afirmar que su padre la manipuló, la determinó, ejerció su dominio como autoridad paterna y por el cariño que le profesaba, para que hiciera el relato de los hechos ante los diferentes funcionarios en la forma como la orientó, siendo convencida para que precisara que las relaciones sexuales que había tenido con el acusado habían ocurrido en el año 2012 cuando ella tenía trece años de edad.

Esta explicación tiene coherencia con lo expuesto en la entrevista, sobre la precisión que la denuncia era por hechos en los que un mayor de edad tenía relaciones sexuales con una menor de trece años; lo que denota que existía claridad en el denunciante que la conducta punible se actualizaba para el caso concreto solo si el acceso carnal había ocurrido cuando la menor tenía menos de catorce años de edad.

Con dichas puntualizaciones, la Sala considera que son creíbles los testimonios de ALBA BERTILDA ALARCÓN VILLAMIL y su hija A.M.S.A., cuando informan que NAPOLEÓN IGNACIO SALAZAR direccionó a la menor en el relato que de los hechos debía hacer para atribuir una conducta punible al procesado con ocasión a las relaciones sexuales que tuvo con la menor.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Está plenamente demostrado que la menor A.M.S.A., nació el 23 de enero de 1999, hecho estipulado conforme al registro civil de nacimiento, es decir, que cumplió los catorce años de edad el 23 de enero de 2013.

Está probado que A.M.S.A., conoció en el año 2012 a JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO en el negocio de empanadas que éste tenía en la carrera 10 Nro. 21-38 sector “La Pola” de Chiquinquirá, establecimiento comercial “City Empanadas”, con quien tenía encuentros frecuentes en dicho lugar, finalmente teniendo relaciones sexuales.

Con el examen médico legal sexológico fue demostrado que la menor A.M.S.A., había sido accedida carnalmente, siendo corroborado por los testimonios de la menor y del acusado, quienes afirmaron que mantuvieron relaciones sexuales.

La discusión se ha centrado, como lo señalara la primera instancia, en la fecha en que se realizaron esas relaciones sexuales; como se dijo, las diferentes versiones de A.M.S.A., no han sido uniformes sobre el particular, veamos:

En la anamnesis al momento del examen médico legal sexológico, el 4 de marzo de 2013, A.M.S.A. sin mayor claridad le dijo al forense, que en el mes de mayo del año anterior se encontraba en el negocio de empanadas, que eso había ocurrido de manera voluntaria, que habían hablado en varias ocasiones, que le dijo fueran al baño, teniendo relaciones; siendo ambigua su narración, pero dando a entender que las relaciones sexuales se perpetraron en el mes de mayo de 2012.

En la entrevista rendida ante la funcionaria de policía judicial el 15 de abril de 2013, la menor A.M.S.A., expuso que en el mes de marzo de 2012 recientemente se había abierto el negocio City Empanadas, en el barrio La Pola, fue a comprarlas y continuó frecuentando el negocio con la misma finalidad,

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



entablado conversación con JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO, dueño del establecimiento, conociendo que éste era de 21 o 22 años de edad y tenía su novia, quien a la vez supo que ella tenía 13 años, que aquél le galanteaba, después de un mes la citaba a la una de la tarde y empezaron a tener mayor confianza, le daba besos y abrazos, y luego tuvieron las relaciones sexuales en varias oportunidades, señalando que eso sucedió en mayo de 2012.

En la valoración psicológica el 6 de junio de 2013, como lo señala el informe y así lo declaró la perito SHIRLEY CAROLINA LINARES PINEDA, la menor A.M.S.A. no quiso hacer ningún relato de los hechos, negándose a dar cualquier información.

Y en el juicio, en la audiencia del 28 de mayo de 2014, la menor A.M.S.A. una y otra vez declaró que había mentido en lo relatado en la entrevista y ante los forenses, porque los hechos no habían ocurrido en el año 2012 sino en febrero de 2013, cuando ya tenía catorce años de edad, retractándose justificando haber faltado a la verdad porque su papá la orientaba en lo que debía decir, pues se trataba de una persona ilustrada que sabía que las relaciones sexuales podían ser calificadas como delito siempre y cuando ocurrieran con menor de catorce años. Dijo que tuvo una simple relación de amistad con el acusado por ocho meses aproximadamente, se trataban desde abril o mayo de 2012, y en febrero de 2013 fue cuando tuvo las relaciones sexuales, siendo descubierta por su progenitora por una conversación en la red social a comienzos del mes de marzo de 2013.

Como se pudo concluir por la Sala, es creíble lo declarado por madre e hija cuando afirman que el padre de la menor la direccionó en el relato que de los hechos debía hacer, todo orientado a endilgarle una conducta punible al procesado en las relaciones sexuales que habían tenido, ya fuera de violación o de abuso por la inferioridad de la edad, pues no soportaba que su niña a quien tanto quería hubiese sido deshonrada, convenciéndola que había sido burlada por quien la había accedido carnalmente; en tanto a la progenitora cuando se enteró

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



del trato que tenía la menor con quien atendía el negocio de empanadas, lo que le preocupaba era que hubiese quedado embarazada.

Y desde un comienzo, el padre de la menor tenía claridad que la comisión del delito, concretamente el acceso carnal abusivo, estaba determinado por la minoría de los catorce años de edad de la víctima, y así se lo precisó a su hija, lo que se evidencia cuando ésta le dio la explicación al médico forense, que se trataba de las relaciones sexuales de un mayor de edad con una menor con trece años de edad.

Por tanto, no puede colegirse que la retractación de A.M.S.A. en el juicio, un año después de rendida su primera versión ante la funcionaria de policía judicial, sea inverosímil; por el contrario es viable la justificación de la menor en su testimonio del por qué mintió, por obedecerle a su progenitor al creerle por el cariño de padre a hija que se profesaban, que el acusado se había burlado y que si declaraba en esa forma era lo mejor para ella, queriendo corregir voluntariamente el yerro al declarar la verdad, que las relaciones sexuales con el acusado las habían realizado a mediados de febrero de 2013 cuando ya tenía más de catorce años de edad, destacando que no era que se aprovechara que su padre había dejado de existir para culparlo de determinarla a mentir.

Y tal retractación tiene anclaje en los sentimientos de culpa y lástima que fueron reflejados en la valoración psicológica, al poco tiempo de haber rendido la entrevista ante la funcionaria de policía judicial y la anamnesis ante el médico forense, dos meses después de esas primeras versiones, y mucho antes de fallecer su padre y rendir la declaración en el juicio, esto es, once meses antes²³. La psicóloga SHIRLEY CAROLINA LINARES PINEDA dijo que la menor se negó a relatar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, que reveló sentimientos de tristeza y culpa muy específicos, asociados con la

²³ La anamnesis y la entrevista son del 4 de marzo y 15 de abril de 2013, la valoración psicológica es del 6 de junio de 2013, y la declaración en el juicio oral es del 28 de mayo de 2014, habiendo fallecido el padre de la menor quince días antes.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



enfermedad de su padre, creyendo que ella había aportado a tal situación con el problema que generó a nivel familiar, y también con la situación del procesado el que tenía un hijo que podría verse afectado si aquél fuera privado de la libertad; y en el juicio cuando fue interrogada sobre el particular, la menor hizo énfasis que esos sentimientos de culpa y lástima eran por el grave error que había cometido al haber mentido previa la preparación de su padre en lo que debía decir, causando daño a su familia, al procesado y a ella misma.

Así entonces, la retractación en el caso de estudio, no puede descartarse por completo para darle credibilidad a la primera versión de la menor, como lo reclama el impugnante.

En cuanto a la retractación testimonial, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han precisado que la misma no destruye de por sí lo afirmado anteriormente por el testigo, ni da certeza de lo afirmado en ese momento, debiéndose realizarse un trabajo analítico para establecer en qué versión se ha dicho la verdad, o si por el contrario, la misma genera duda.

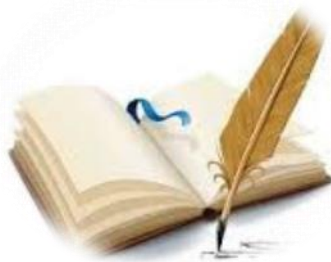
De antaño, siendo reiterado hasta la actualidad, sobre la retractación la jurisprudencia ha señalado²⁴:

“Pero es que además, tanto el Juzgado como el Tribunal al proceder a cotejar las distintas versiones de los procesados y fijar las razones por las cuales se les confiere mérito persuasivo, no hicieron otra cosa que acoger los derroteros en torno a dicha temática sentados de antiguo por la Jurisprudencia de esta Corte²⁵, con lo cual el reparo termina por perder todo fundamento. En la mencionada ocasión señaló la Sala:

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de agosto de 2006, rad. 22240, M.P. Mauro Solarte Portilla. Citada nuevamente, entre otras, en sentencia del 29 de febrero de 2008, rad. 28257, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

²⁵ Cfr. Cas. junio 15/99. Rad. 10547

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



“Al margen de estas inconsistencias de carácter técnico, el libelista se equivoca al considerar que por el sólo hecho de la rectificación, la versión de la testigo pierde en todo o parte valor probatorio, y que en tales condiciones, no puede servir de fundamento para afirmar la responsabilidad del procesado en el hecho, pues las normas de derecho procesal no contienen una tal previsión, ni las reglas de la sana crítica permiten una inferencia de este tipo.

*“La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. ‘En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. **De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso**’ (Cfr. Casación de abril 21/55 y noviembre 9/93, entre otras)”. (Se resalta fuera de texto).*

Y la doctrina acogiendo lo consignado por la jurisprudencia, ha precisado²⁶:

“Con sustento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, se puede decir que esta causal debe ser analizada teniendo en cuenta:

A) No es una causal que por sí misma destruya de inmediato lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes.

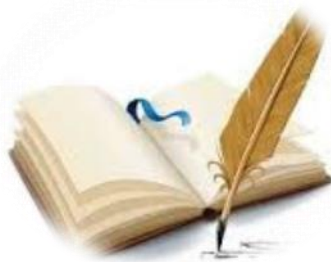
B) El trabajo que debe emprender el intérprete del testimonio debe ser de análisis de las versiones y no de eliminación.

C) Quien se retracta, tiene un motivo, “el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas tal como sucedieron, o de un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió”.

D) La retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora

²⁶ Parra Quijano Jairo, Manual de Derecho Probatorio. Décima octava edición, abril 2011, pág. 357-358.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso... (casación de abril 21 de 1955)”²⁷

Siendo la menor A.M.S.A. quien dio a conocer que los hechos habían sucedido cuando era menor de catorce años, como testigo directo de los mismos, de lo que se retractó posteriormente afirmando que mintió en la fecha del suceso, ratificando que tuvo relaciones sexuales con el acusado pero cuando ya era mayor de los catorce años, en consideración de la Sala, esa retractación no destruye lo afirmado inicialmente pero tampoco le da certeza, porque es creíble que estuvo orientada, determinada, aleccionada por su progenitor en lo que debía narrar, no pudiéndose establecer si sobre la fecha de los hechos dijo la verdad o mintió en su versión inicial, generándose la duda sobre el particular, quedando la incógnita si fue accedida carnalmente por el acusado en el mes de febrero del año 2013 cuando tenía más de catorce años o si por el contrario eso ocurrió en mayo de 2012 cuando era menor de esa edad.

Y esa duda no es posible despejarla con el dictamen médico legal sexológico porque allí tan solo se determinó que la menor había sido accedida carnalmente con una antigüedad mayor de diez días para la fecha en que fue examinada, esto es, el 4 de marzo de 2013, siendo posible que las relaciones sexuales las hubiese tenido a comienzos del mes de febrero de 2013 o en el año 2012; como tampoco el testimonio de la progenitora de la niña ni el dictamen de la psicóloga que la valoró, aclaran aquella incertidumbre porque solo ratifican lo dicho por la menor.

3.- De la conducta punible y responsabilidad del acusado.

A JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO se le formuló imputación, se le acusó y se le absolvió en primera instancia, por los cargos como autor del delito

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Noviembre 9 de 1993. Extractos de jurisprudencia, cuarto trimestre de 1993, pág. 916.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, según el artículo 208 del C.P., modificado por la ley 1236 de 2008.

La norma describe el delito en los siguientes términos

“Artículo 208. Modificado L. 1236/2008, art. 4. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”.

El artículo 212 del C.P. sobre el acceso carnal señala:

“Art. 212. Acceso carnal. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.”

Del análisis probatorio, se encontró plenamente demostrado que la menor A.M.S.A., nació el 23 de enero de 1999, habiendo conocido en el año 2012 a JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO en el negocio de empanadas que éste tenía en la carrera 10 Nro. 21-38 sector “La Pola” de Chiquinquirá, establecimiento comercial “City Empanadas”, con quien tuvo encuentros frecuentes en dicho lugar y finalmente relaciones sexuales, habiendo manifestado en sus versiones iniciales que aquellas habían ocurrido en el año 2012, pero retractándose en el testimonio en el juicio oral, donde aseguró haber mentido porque los hechos en los que fue accedida carnalmente habían ocurrido a comienzos de febrero de 2013 cuando ya tenía más de catorce años; no pudiéndose establecer cuál fue la verdad sobre la fecha de los hechos, si lo dicho por la menor en la versión inicial o lo declarado en el juicio oral.

Así entonces, se concluyó la existencia de la duda sobre la fecha en que la menor fue accedida carnalmente por el acusado, si ocurrió en el año 2012 cuando era menor de catorce años, o si fue en el año 2013 después de haber cumplido

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



esa edad, duda que debe ser resuelta en favor del procesado, en garantía del principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo previsto en los artículos 29 de la C.P. y 7 de la ley 906 de 2004, C. de P.P.

El artículo 381 de la ley 906 de 2004, C. de P.P., exige para condenar el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio; es decir, se requiere de una certeza objetiva que es a lo que se refiere el conocimiento más allá de toda duda, la cual también debe ser razonable y objetiva.

En las ciencias jurídicas, la certeza exigida para condenar, es una certeza lógica o racional, es decir, una convicción que a la luz de la razón pueda ser defendida socialmente como la más probable, cuya base de objetividad surge en la medida que a la conclusión que llega el fallador, es la misma a la que puede arribar cualquier persona que llegue al conocimiento del caso.

Y la duda que se predica en derecho, debe ser igualmente una duda razonable, es decir, una duda que puede formarse en cualquier ciudadano promedio, mediante el estudio lógico y racional de los medios de prueba.

En el presente caso, no se cuentan con medios de prueba que permitan estructurar un juicio sobre la responsabilidad penal del acusado con suficiente fuerza probatoria, existiendo la duda si la menor A.M.S.A. fue accedida carnalmente cuando aquella tenía trece o catorce años de edad, duda que no es posible desvirtuar con la prueba practicada en el juicio oral.

En el acceso carnal abusivo con menor de catorce años, lo que determina el ilícito es la condición de inferioridad natural de la víctima por la minoría de edad, fijada por el legislador en un límite de catorce años, desde luego, siempre y cuando no exista violencia, pues de utilizarse esta, otra sería la conducta punible; es decir, el acceso carnal realizado con persona que haya cumplido catorce años, mediando su libre consentimiento, no acarrea ninguna responsabilidad penal.

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



Por todo lo expuesto, la sentencia que absolvió a JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO de los cargos formulados en su contra por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, deberá ser confirmada por duda en la fecha de ocurrencia de los hechos y desde luego, en la edad de la menor cuando fue accedida carnalmente, duda que se resuelve a favor del acusado.

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,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el veintinueve (29) de julio de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, mediante la cual se absolvió a JHON FREDY AVELLANEDA MENDIVELSO de los cargos formulados en su contra por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación. Oportunamente regresen las diligencias al Despacho de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ

Magistrada

Relatoría Tribunal Superior de Tunja



JOSÉ ALBERTO PABON ORDOÑEZ
Magistrado

CANDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS
Magistrada

ROSA YANNETH WALTEROS CARVAJAL
Secretaria