



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR – IMPOSIBILIDAD DE VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA PARA ADECUAR LA CONDUCTA A ACTOS SEXUALES: Ello conllevaría al descarte de elementos y/o introducción de nuevos para adecuar la conducta imputada al tipo de actos sexuales, lo que significa, ni más ni menos, que variar el núcleo fáctico de la acusación, siendo ese un proceder, como se ha dicho, proscrito desde todo punto de vista.

Fijémonos entonces que el testimonio de la médico general MARTÍNEZ BARRIOS, el del ginecólogo TORO DÍAZ y de la sexóloga de Medicina Legal NIÑO PAIPILLA son objetivamente claros –cada uno con su propia expresión- al evidenciar desgarrar reciente sobre uno antiguo, lo cual es compatible con lo que ha decantado la jurisprudencia¹² como criterio médico de haberse mantenido relaciones sexuales - como bien lo manifestó la víctima y quedó plasmado en la anamnesis - determinante frente al tipo penal en este caso imputado y acusado. Aunado a ello, si bien el tipo de acceso sexual no exige para su configuración que haya una respuesta fisiológica, o sea eyaculación, huellas espermáticas, líquidos o fluidos genéticos¹⁴ o rastros de ADN del autor en la víctima,¹⁵ en este caso los fluidos recogidos de la frotis del introito vaginal de la víctima el 6 de abril de 2016 permiten estructurar dicho tipo penal, por la vía vaginal (independientemente de los resultados de Laboratorio Forense), pues dichas muestras determinan que el accionar del victimario atravesó las estructuras genitales externas de la víctima, teniendo presente que con la creación jurisprudencial del término “vía vaginal” de darse ciertas maniobras en dicha zona, el acceso carnal se consuma cuando se ha accedido o franqueado la región vulvar, acción que descarta el simple roce o tocamiento externo de los genitales femeninos, que configuraría la conducta de actos sexuales.

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS – VALORACIÓN PROBATORIA DE INCONSISTENCIAS DEL TESTIMONIO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ACUSADO: la constatación de que un testigo faltó a la verdad en cierta parte de su narración no lo convierte en inaceptable o lo descalifica de plano, pues habrá de escudriñarse, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la validez o no del relato en su integridad, de cara al resto de medios suasorios, para lo cual debe ser analizado con mayor celo o precaución

Acota la Sala que, en gracia de discusión de la existencia de una posible confusión temporal en la ocurrencia del primer hecho agresivo, la misma Corte se ha ocupado de resaltar que: “las inconsistencias, divergencias o contradicciones intrínsecas o extrínsecas del testimonio, o incluso la constatación de que un testigo faltó a la verdad en cierta parte de su narración no lo convierte en inaceptable o lo descalifica de plano, pues habrá de escudriñarse, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la validez o no del relato en su integridad, de cara al resto de medios suasorios, para lo cual debe ser analizado con mayor celo o precaución”. Postura que en este caso es clara al tener en cuenta que la localización de la vivencia en el tiempo (fecha y hora) es uno de los procesos más inestables en los procesos psicológicos, en este caso de una personita de escasos 12 años de edad, que no denota una actitud mentirosa, por el contrario, la víctima ha sido clara y constante en señalar que los encuentros con CARLOS CIRO ocurrían cada ocho (8) días y que en dos (2) ocasiones mantuvieron relaciones sexuales; víctima que a su edad no tenía la capacidad suficiente para consentir actividades sexuales. Aunado a ello, son los dictámenes médico, ginecológico y sexológico los que referencian que la menor B.Y.R.B. presenta himen no íntegro, con hallazgos compatibles de maniobras sexuales recientes sin descartar actividad sexual previa al evento del 6 de abril de 2016.



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SANTA ROSA DE VITERBO

SECRETARIA SALA ÚNICA

ACTA No. 032

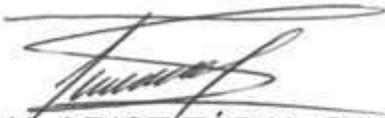
En Santa Rosa de Viterbo, a los cinco (05) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), siendo las nueve (9:00 a.m.) de la mañana se reunieron los señores Magistrados integrantes de la Sala Cuarta de decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial, Dr. EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA y Dr. JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL con el fin de discutir el siguiente proyecto:

Decisión emitida dentro de caso distinguido con el radicado 15238 31 04 001 2016 00194 02 Contra CARLOS CIRO SILVA PINZÓN, por el delito de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR**. Una vez abierta la discusión se procedió a dar lectura al proyecto, el cual fue aprobado por unanimidad, por consiguiente, se ordenó ponerlo en limpio.

En constancia firma:



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Boyacá
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO:	CAUSA PENAL
RADICACIÓN:	15238 31 04 001 2016 00194 02
ACUSADO:	CARLOS CIRO SILVA PINZÓN
DELITO:	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR
PROCEDENCIA:	JUZG. 01 PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA
MOTIVO:	APELACIÓN SENTENCIA
DECISIÓN:	CONFIRMA
APROBACIÓN:	ACTA DE DISCUSIÓN N° 032
MAGISTRADO PONENTE:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, ocho (08) de octubre de dos mil veinte (2020). Hora:
9:18 am

ASUNTO POR DECIDIR

El recurso de apelación interpuesto por el Defensor del acusado en contra de la sentencia del 19 de septiembre de 2019 proferida dentro del proceso de referencia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama.

HECHOS:

Según se extractan del escrito de acusación,¹ la señora SANDRA MILENA RODRÍGUEZ BOLAÑOS denuncia que el día 6 de abril de 2016, a eso de las 17:00 horas, luego de trabajar, llegó a la casa de su mamá, ubicada en la carrera 8 con calle 9, casa 14 Barrio Villa del Mar y, su hermana MARY LUZ BENAVIDES BOLAÑOS le contó que su hija B.Y.R.B.², con tan solo 12 años de edad, quien vivía con su abuela, le había comentado que desde la semana anterior era la novia del

¹ Fl. 22 carpeta de conocimiento.

² Se omite el nombre de la menor presunta víctima, en obediencia a los mandatos de la Ley 1098 de 2006 – Código de Infancia y Adolescencia.

señor CARLOS CIRO SILVA PINZÓN, y desde ese día la menor no iba a entrenamiento de fútbol al colegio, sino que se quedaba con él en una casa abandonada, lugar donde en dos oportunidades habían sostenido relaciones sexuales y, además la niña le comentó a SANDRA MILENA (*madre*) que el acusado le prometió llevarla a vivir a Bucaramanga, comprarle muchas cosas, entre ellas, una casa nueva.

SENTENCIA IMPUGNADA:

El 19 de septiembre de 2019 -luego de agotado el trámite de juicio oral- el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama condenó a CARLOS CIRO SILVA PINZÓN como autor del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, EN CONCURSO HOMOGÉNEO (*Arts. 208 Ley 599 de 2000 en concordancia con el art. 31 ejusdem*), a la pena principal de ciento cincuenta (150) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, a la vez que, le negó tanto el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.³ Sus argumentos:

1.-Además del relato de la menor víctima, existen elementos de conocimiento suficientes y debidamente aportados en el juicio que endilgan en cabeza de CARLOS CIRO SILVA PINZÓN la responsabilidad por el ilícito del que fue víctima B.Y.R.B. los días 30 de marzo y 6 de abril de 2016, en horas de la tarde, quien aprovechando su conocimiento y experiencia como adulto, además de la confianza que tenía con la niña y con la familia de ésta, la manipuló con manifestaciones de cariño, palabras bonitas y con la promesa de darle estudio, llevarla a vivir a Bucaramanga, comprarle carro y casa.

2.-Si bien las declaraciones esgrimidas por los testigos de la defensa y los documentales aportados por éstos no logran desvirtuar los hechos sucedidos, sí robustecen el contexto de vivencia de la menor víctima.

3.- Aunque la víctima en juicio manifestó que el 6 de abril de 2016 no fue penetrada y que ella no sabía lo que hacía, la Corte Suprema de Justicia ha dejado en claro que el acceso carnal también abarca el paso del pene o de cualquier otra parte del

³ Fls. 139 al 164 carpeta de conocimiento.

cuerpo humano u objeto al introito o vestíbulo vaginal (CSJ SC. SP3989-2017, Radicación N° 44441 de 22 de marzo de 2017. M.P. José Luis Barceló Camacho), hecho que en este caso se demostró a cabalidad, luego la solicitud de la defensa de adecuar la calificación jurídica en una TENTATIVA, no puede prosperar.

DE LA IMPUGNACIÓN:

En contra de la sentencia que acaba de reseñarse, el Defensor del acusado interpuso y sustentó recurso de apelación, con el fin de que se revoque por duda probatoria, o en su lugar, se varíe la calificación por actos sexuales frente a los hechos ocurridos el 06 de abril de 2016. Sus fundamentos se resumen así:

1.-En el debate probatorio se demostró que el hecho del 30 de marzo de 2016 no se cometió, como quiera que a más de ser una relación sexual consentida a voces de la propia víctima, los testimonios JOSÉ DE JESÚS MANCO MONTAÑEZ, MARÍA ESTHER MANCO MONTAÑEZ, CECILIA SILVA DE VALDERRAMA, ELADIO PINZÓN GACHARNÁ y JORGE ALEXANDER VELANDIA SEPÚLVEDA concluyen fehacientemente que el acusado no pudo haber estado ese día en el lugar de los hechos al que hace mención la menor, declaraciones que por demás fueron valoradas por el *A-quo* de manera sesgada, pues de ninguno se impugnó credibilidad, fueron refutados o controvertidos.

2.-Otra duda insalvable frente al hecho del 30 de marzo de 2016 la reporta el análisis de la prueba científica, esto es del examen de medicina o de urgencias practicado a la menor por el Dr. Toro, en el que textualmente se reporta “*desgarro antiguo*”, tipo de desgarro que científicamente cicatriza después de 10 días, y si el examen fue practicado el 06 de abril y la niña menciona el 30 de marzo como el día de la relación sexual (*lapso de 7 días*), no se puede determinar desgarro antiguo, concluyendo que en esa fecha el acusado no estuvo en el lugar de los hechos como la menor afirma, lo que lleva a la aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

3.- La menor en sus diferentes relatos, inclusive en el juicio oral siembra la duda de que realmente fue accedida carnalmente el 06 de abril de 2016, pues en la misma anamnesis, ella manifiesta que ese día se encontró con el acusado pero no hubo penetración, además que al bacteriólogo Dr. FERNANDO JOSE GONZÁLEZ TORRES luego de que aplicara el código verde, le fue entregado por el mismo ginecólogo unas muestras de flujo vaginal donde ordenaba un análisis a través de

orden médica, como era el de determinar si existían espermatozoides o fragmentos en ellos y luego de explicar los procedimientos que se utilizaron y los implementos que se utilizaron en su laboratorio determinó que *“para la muestra enviada para su análisis no se observan espermatozoides ni fragmentos de ellos.”*

4.- El Doctor TORO manifestó en juicio que el desgarró antiguo encontrado en la víctima *“pudo ser por manipulación manual o por penetración y alcanzó nuevamente a romperse”*, que cada vez que se haya eyaculado semen en la proximidad del área genital los espermatozoides siempre saben para dónde van *“pero siempre que se encuentren espermatozoides se puede decir que hubo penetración*, porque ellos siempre van hacia arriba.

Lo anterior significa que el mismo perito está dando a entender o bien que la puesta en tensión del himen pudo ser por manipulación manual o penetración, siendo una apreciación disyuntiva de una u otra posibilidad que no confirma ni descarta penetración con el pene, lo que llamamos duda, además, como él mismo dijo no siempre que hayan espermatozoides se puede decir que hubo penetración, frase importante que nos da a entender una situación muy diferente, aunado a que la misma menor afirmó en el relato clínico que no había habido penetración.

5.-En síntesis, si el relato de la menor dice que el 30 de marzo tuvo relaciones sexuales, hecho que no fue cierto por lo expuesto y, si el 06 de abril a través de la prueba que se hizo por bacteriología no se encontraron espermatozoides en el flujo vaginal, pero al parecer se encontraron en otras zonas como la perianal o el panty, no se puede afirmar con certeza de que haya existido una penetración, ya que como lo dijo el Doctor TORO los desgarros no siempre son por introducción del pene sino que también pueden ser por otras razones; lo que crea aún más duda, por lo tanto, lo que habría al osumo sería en sede de congruencia fáctica unos actos sexuales con menor más no un acceso carnal.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES:

De la Representante de Víctimas

Solicita no se acceda a la petición elevada por el apelante, pues la misma se sustenta en apreciaciones meramente subjetivas, por el contrario, el fallo del *A-quo*

se ajusta a los lineamientos previstos por el Legislador para proferir sentencia condenatoria contemplados en el artículo 381 del C.P.

De la Fiscalía

Manifiesta que la petición y argumentación del apelante carecen de todo sustento, por ende, deberá de confirmarse en su integridad la sentencia objeto de alzada, pues dentro de la misma el *A-quo* realizó un estudio concienzudo del material probatorio debatido en juicio incluidas tanto las documentales como testimoniales aportadas por la defensa, lo que le permitió dentro del principio de la sana crítica, darle a cada una su valor probatorio, explicando las razones por las cuales a algunas no les dio credibilidad.

Todo lo anterior hace irrefutable la participación como autor de CARLOS CIRO SILVA PINZÓN del delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, del cual fue víctima la menor B.Y.R.B. de tan solo 12 años de edad para la época. Comportamiento ilícito en concurso HOMOGÉNEO y por ello imposible de variar al tipo penal de ACTOS SEXUALES como solicita de manera subsidiaria la defensa del penalmente responsable.

LA SALA CONSIDERA

Vistas la sentencia de primera instancia y la sustentación del recurso de apelación interpuesto, es tema a estudiar, modificando el orden de la censura principal y la subsidiaria por la posible relevación la una de la otra: **(i)** la variación de la calificación jurídica y, **(ii)** la indebida valoración probatoria frente a la responsabilidad del acusado.

1. Cambio de adecuación jurídica.

La legislación procesal que implementa el sistema acusatorio colombiano, señala en su artículo 448 que 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.

Esto es así porque la congruencia tiene que ser entendida como parámetro de racionalidad en la relación que debe existir entre acusador y fallador pues lo ejecutado por el primero limita las facultades del segundo; y ello tiene que ser así

porque siendo la Fiscalía General de la Nación quien a nombre del Estado ejerce la titularidad de la acción penal, los jueces no pueden ir más allá de lo propuesto como elementos fácticos y jurídicos de la acusación.

Implica entonces que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora, bajo una serie de presupuestos que la misma Corte Suprema ha venido desarrollando así:

*“ ... los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado...».*⁴

Bajo dichos parámetros legales, tenemos que el punible por el cual se acusó a CARLOS CIRO SILVA PINZÓN es por *Acceso carnal abusivo con menor de catorce años* de que trata el Código Penal en los siguientes términos:

“Art. 208. Modificado Ley 1236/2008, art. 4º. 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”.*

Ahora, es necesario referirse a los elementos típicos que contiene esa definición, para corroborar la imposibilidad de confundirlos con los que corresponden al tipo penal que considera el censor se configuró en este caso (*actos sexuales*).

Sin pormenorizar en el elemento estructural del tipo penal en orden particularísimo al límite de edad del sujeto pasivo⁵ por cuanto el mismo se encuentra debidamente demostrado,⁶ se tiene como componente característico del mismo el verbo determinador simple *“realizar acceso carnal”*, entendido como la penetración del

⁴ CSJ SP, 16 mar. 2011, Rad. 32685 y, CSJ SP, 15 de octubre de 2014, Rad. 41253, entre otras.

⁵⁵ Recuérdese que mediante la Sentencia C-507 de 2004, se unificó criterio entre derecho civil y penal, frente a la edad de los catorce años.

⁶ Tanto con el testimonio de la víctima, como con la copia de su Registro Civil de Nacimiento, el cual publicita que nació el 20 de julio de 2003 y para la época de los hechos (marzo y abril de 2016) contaba con menos de 14 años de edad. Documento introducido en juicio por la investigadora del CTI NINI JOHANA BAUTISTA SANDOVAL

miembro viril por vía anal, vaginal u oral (*o bucal o vocal*), así como la penetración vaginal o anal de cualquier parte del cuerpo u otro objeto.⁷

Además, el nuevo precepto definitorio del art. 212 del C.P. establece un segundo margen de ampliación del concepto tradicional o clásico del acceso carnal, al catalogar en ese sentido la penetración vaginal o anal, de cualquier otra parte del cuerpo humano (*manos, brazos, piernas pies, lengua, etc.*), o cualquier otro objeto, en expresión amplísima y acertada, que comprende tanto los elementos diseñados y fabricados para la satisfacción sexual por introducción, como cualquier otro elemento, artefacto o instrumento.

Igualmente, ha sostenido la Corte que la introducción puede ser parcial o total⁸ y que esta puede comprometer solo el introito vaginal puesto que dicha zona pudiera hacer parte de los genitales internos de la mujer.⁹

En línea temporal de atención médica se escuchó en juicio-¹⁰ a la Doctora PAULA CORINNA MARTÍNEZ BARRIOS, en su calidad de médico general del Hospital Regional de Duitama para la época de los hechos, **profesional que en su función de atención en urgencias y frente a víctimas sexuales, activó el Protocolo de Código Verde y el 6 de abril de 2016 atendió a la menor** y, luego de plasmar la anamnesis dentro de la historia clínica respectiva, suscribió el examen médico legal sexológico en el que concluyó: *“1. No presenta lesiones físicas halladas en el examen físico completo. 2. **Presenta himen no íntegro, anular, con laceración reciente sobre desgarramiento antiguo entre las 5 y 6 horas de acuerdo al meridiano del reloj, con sangrado escaso mínimo por lo que se considera posible desgarramiento reciente menor a 10 días, dentro del contexto de investigación del delito sexual los hallazgos son compatibles con maniobras sexuales recientes sin descartar actividad sexual previa al evento de hoy. ...”***

⁷ Sobre este aspecto en la Sentencia del 6 de abril de 2006, Rad. 24096, MP. Édgar Lombana Trujillo, se indicó: *“Se incurre en Acceso carnal cuando se utiliza la lengua, los dedos, otras partes del cuerpo o se penetran en cavidades como vaginal, ano, objetos idóneos, excluyéndose de tales, aquellos valorados como dispositivos apropiados para agredir físicamente a la víctima.”*

⁸ CSJ, SP, Sentencia del 17 de septiembre de 2008, Rad. 21691 (ver, además: CSJ, SCP, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, Providencia N° SP 15513-2014, Rad. 34049, MP Luis Guillermo Salazar Otero).

⁹ CSJ, SP, Sentencia del 7 de septiembre de 2006, Rad. 23790, entre otras.

¹⁰ Prueba técnica como elemento de persuasión compuesto (Ley 906 de 2004, artículo 415) integrado por el informe escrito base de la opinión pericial – previamente descubierto en la oportunidad legal- y el testimonio del respectivo experto en el juicio, quien debe concurrir a sustentar oralmente su dictamen, de suerte que atendida la naturaleza y características de ese medio de prueba y su especial trascendencia en el esclarecimiento de delitos sexuales, el análisis y conclusiones posibles de extraer en la misma, han de estar en correspondencia objetiva con lo expresado en sus dos componentes (el documento y el testimonio), que deben entenderse integrados en un mismo sentido y que por lo mismo no constituyen prueba de referencia. CSJ. SP. 18 may. 2011. Rad. 33651. En igual sentido confrontar SP. 21 feb. 2007, rad. 25920; SP. 17 sep. 2008, rad. 29609; SP. 3 feb. 2010, rad. 30612; SP. 10 marzo. 2010, rad.32868, entre otras.

Frente a su conclusión corroboró la existencia de un desgarró correspondiente a una actividad sexual en los últimos 8 ó 10 días; aclarando que el himen es una membrana que se encuentra dentro del introito vaginal y que no es íntegro porque tiene lesión producto de una manipulación genital por penetración.

Indicó también que fue la encargada de tomar las muestras de escobillones con frotis vaginal y la de la ropa interior de la menor y, con la debida cadena de custodia, remitió un hisopo a bacteriología del Hospital y otro a medicina legal, a la primera para descartar problemas infecciones y, a la segunda, con la finalidad de identificar espermatozoides de la persona que cometió el abuso sexual, a la vez que, solicitó como valoración adicional INTERCONSULTA DE GINECO-PSIQUIATRA.

El Doctor VÍCTOR ALFONSO TORO DÍAZ, quien para la época de los hechos trabajaba en el Hospital de Duitama, en juicio afirmó que fue quien realizó el examen ginecológico a la menor víctima el 7 de abril de 2016, dictamen en el que reportó: *“Genitales externos femeninos de aspecto normal, bello ginecoide, no se aprecia sangrado profuso ni señales de violencia, tales como hematomas, rasguños, heridas, etc. **Himen anular con desgarró antiguo entre 5 y 6 según meridiano del reloj, sobre el cual se evidencia laceración con señal de sangrado escaso. Secreción mucosa con olor fuerte. No hay lesiones en región anal ni perianal. No se aprecian lesiones ni en vulva ni en muslos; retomando el motivo de ingreso al servicio de urgencias indicado en la historia clínica. Respuesta. Paciente quien refiere actividad sexual “consentida” con hallazgos de himen de pequeña laceración a nivel de entre 5 y 6 según meridiano del reloj, sobre desgarró antiguo cicatrizado, sin más lesiones que indiquen violencia”.***

A grosso modo, aclaró que encontró un sangrado que no era abundante, lo que significa que el himen se puso en tensión en un tiempo muy corto, que el himen de la menor estuvo en tensión por manipulación manual o por penetración y alcanzó nuevamente a romperse y, que la secreción mucosa con olor fuerte encontrada en la vagina de la menor era más de olor a semen que a una infección por bacterias, hongos o por vaginitis; que la cicatrización adecuada en una paciente joven como B.Y.R.B. se realiza entre 5 y 7 días.

En juicio también declaró la Doctora ANDREA NIÑO PAIPILLA, profesional Forense que el 07 de abril de 2016 realizó examen sexológico a B.Y.R.B.,¹¹ dictaminando en la víctima un hallazgo positivo de un desgarró reciente en su himen menor a 10 días pues el antiguo es mayor a 10 días. Aclarando que como en la anamnesis la menor refirió que el 06 de abril fue la última vez que tuvo relaciones sexuales y la valoración se realizó al día siguiente, lo concluyó como desgarró reciente de hasta 10 días.

Fijémonos entonces que el testimonio de la médico general MARTÍNEZ BARRIOS, el del ginecólogo TORO DÍAZ y de la sexóloga de Medicina Legal NIÑO PAIPILLA son objetivamente claros –cada uno con su propia expresión- al evidenciar desgarró reciente sobre uno antiguo, lo cual es compatible con lo que ha decantado la jurisprudencia¹² como criterio médico de haberse mantenido relaciones sexuales - como bien lo manifestó la víctima y quedó plasmado en la anamnesis - determinante frente al tipo penal en este caso imputado y acusado.¹³

Aunado a ello, si bien el tipo de acceso sexual no exige para su configuración que haya una respuesta fisiológica, o sea eyaculación, huellas espermáticas, líquidos o fluidos genéticos¹⁴ o rastros de ADN del autor en la víctima,¹⁵ en este caso los fluidos recogidos de la frotis del introito vaginal de la víctima el 6 de abril de 2016 permiten estructurar dicho tipo penal, por la vía vaginal (*independientemente de los resultados de Laboratorio Forense*), pues dichas muestras determinan que el accionar del victimario atravesó las estructuras genitales externas de la víctima, teniendo presente que con la creación jurisprudencial del término “*vía vaginal*” de darse ciertas maniobras en dicha zona, el acceso carnal se consuma cuando se ha accedido o franqueado la

¹¹ Evidencia 15 de la Fiscalía. "ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES. Valoración de edad: Hallazgos para una edad clínica aproximada de 12 años. Valoración de lesiones: No existen huellas externas de lesión reciente al momento del examen que permitan fundamentar una incapacidad médico legal. MENOR DE 12 AÑOS DE EDAD CON COMPEENCIAS NORMALES PARA LA EDAD, QUIEN HACE UN RELATO SOBRE ACCESO CARNAL EN DOS OCASIONES POR PARTE DE VECINO. DURANTE LA ENTREVISTA SE TORNA TRISTE. LLANTO FÁCIL. HECHOS OCURRIDOS EL DÍA DE AYER, EXAMEN FÍSICO SIN LESIONES, HIMEN CON DESGARRO RECIENTE PACIENTE (LO QUE ORIENTA CLÍNICAMENTE A UN TIEMPO DE EVOLUCIÓN DE ALREDEDOR DE DIEZ DÍAS O MENOS), ESTE HALLAZGO ES INDICATIVO DE PENETRACIÓN VAGINAL, NO SE TOMAN MUESTRAS YA QUE FUERON TOMADAS EN URGENCIAS HOSPITAL REGIONAL DE DUITAMA. OTRAS RECOMENDACIONES: VALORACIÓN POR PSICOLOGÍA CLÍNICA. ..."

¹² Sentencia del 26 de enero de 2006. Rad. 23706. "desde el criterio médico se puede saber si se han mantenido relaciones sexuales, solo si la supuesta abusada se somete a examen en poco tiempo y hace un estudio muy específico de la vagina (a sus paredes y tonalidades) y los fluidos que queden en ella. Si han pasado más de dos días sería imposible saberlo porque la vagina es muy flexible y vuelve a su estado natural"

¹³ Sentencia de 30 de marzo de 2006, radicado 24.468, Mp Edgar Lombana Trujillo.

¹⁴ CSJ, SP, Sentencia del 17 de septiembre de 2008, Rad. 21691 (ver, además, Sentencia de 13 de julio de 2006, Rad. 23037).

¹⁵ CSJ, SP, Sentencia del 23 de mayo de 2007, Rad. 22203 (ver, además, sentencias del 22 de agosto de 2008, Rad. 22579 y de 18 de agosto de 2009, Rad. 24900).

región vulvar,¹⁶ acción que descarta el simple roce o tocamiento externo de los genitales femeninos, que configuraría la conducta de actos sexuales.¹⁷

En tales condiciones, no está llamado a prosperar el argumento del censor de variar la calificación jurídica pues ello conllevaría al descarte de elementos y/o introducción de nuevos para adecuar la conducta imputada al tipo de actos sexuales, lo que significa, ni más ni menos, que variar el núcleo fáctico de la acusación, siendo ese un proceder, como se ha dicho, proscrito desde todo punto de vista.

2. sobre la valoración probatoria frente a la responsabilidad penal del acusado.

De conformidad con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, “...para condenar se requiere 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”. Por el contrario, cuando lo demostrado es la inocencia del acusado o la existencia de duda razonable, se impone la absolución, como lo establece el artículo 7º *ibídem*, que es del siguiente tenor, en lo pertinente:

“En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del acusado”.

Superada esa primera censura de la que emerge evidente la existencia del delito de Acceso Carnal abusivo con menor de catorce años (*Art. 208 Ley 599 de 2000*)¹⁸, punible que, en este caso fue endilgado en concurso homogéneo por haber ocurrido la agresión en más de una ocasión, lo que sigue desde luego es determinar qué pruebas existen para poder enrostrarle ese comportamiento al aquí acusado.

Frente a este punto conviene recordar -como bien lo ha reiterado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y lo ha expresado la Corte Constitucional, que en los casos de violencia sexual no es estrictamente necesario contar con evidencia física, sino la necesidad de considerar pruebas más allá de la constatación médica de

¹⁶ Sentencias del 25 de septiembre de 2013, Rad. 41057 y de 12 de noviembre de 2014, Rad. 34049.

¹⁷ Sentencia de Casación del 25 de enero de 2017, rad. 41948.

¹⁸ **“Art. 208. Modificado Ley 1236/2008, art. 4º. 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”.**

las lesiones físicas, como los indicios y el testimonio de las víctimas, como único elemento disponible.¹⁹

En este caso, como único elemento disponible directo se tiene el testimonio rendido en juicio el 20 de septiembre de 2018 por la menor B.Y.R.B. cumplido el requerimiento de que estuviese acompañado de autoridad especializada –Defensora de Familia– para que en su presencia y junto con el control del *A-quo* las partes formularan las preguntas, entre ellas con quién y dónde vive actualmente y cómo está conformada su familia, las que en efecto respondió de manera clara. Frente a los hechos indicó que para esa época vivía con su abuela y con su tío Alonso en la Carrera 8 con Calle 9, Casa 14, Barrio Villa del Mar de Duitama, todo empezó cuando su abuela contrató a JULIO SILVA en el año 2015 para que colocara baldosín en el piso de la sala y él llevó a su hermano CARLOS CIRO SILVA PINZÓN, desde ese momento (*CIRO*) empezó a llegar a la casa constantemente y le daba consejos, los de la casa le tenían mucha confianza; 8 días antes del 30 de marzo de 2016 la invitó a caminar y ella fue porque le tenía confianza, ese día hablaron del estudio, le dio el número de teléfono y cada uno se fue para su casa. A los 8 días ella lo llamó y se fueron por un lugar hacia arriba donde hay muchos lotes y bosque, en zona rural, llegaron a una casa abandonada que CIRO le había dicho que era de un primo, tenía dos piezas, una sin ventanas ni puertas y la otra cerrada con seguro, allí no habitaba nadie y tuvieron relaciones sexuales, luego llegó a su casa, no se sentía igual, no era la misma y, pasó así. A los 8 días siguientes, el 6 de abril de 2016 volvió a llamarlo y se fueron para ese mismo lugar y otra vez tuvieron relaciones sexuales allí, pero ese día su abuela TEOFILDE fue a recorrerla al colegio donde entrenaba fútbol, pero ella no había ido al entrenamiento, su abuela al ver que no salía le preguntó a una compañera y ésta le dijo que su nieta no había ido al entrenamiento. B.Y. llegó a la casa y como no encontró a nadie, se fue a la tienda y llamó a su abuela y ésta le dijo que fue a recogerla al colegio pero que le habían dicho que no había ido, luego se encontraron las dos, la abuela le preguntó dónde estaba y ella le dijo que estaba en el parque Yines con unas amigas, su abuela no le creyó y le siguió insistiendo, entonces su abuela llamó a su tía MARY LUZ BOLAÑOS, quien llegó a la casa y las dos se quedaron solas en la sala, B.Y. le sostuvo

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. C. Const., Sent. T-698, dic. 13/2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. "... frente a la exigencia de una prueba que dé certeza más allá de toda duda para lograr la acreditación de la violencia sexual, no es estrictamente necesario contar con evidencia física, sino "la necesidad de considerar pruebas más allá de la constatación médica de lesiones físicas y la prueba testimonial para poder fundamentar casos de violencia contra las mujeres, sobre todo en casos de violencia sexual. En estos procesos cobran especial importancia determinados medios de prueba, tales como: **i) los dictámenes periciales**, que le permiten al juez incorporar máximas de la experiencia ajenas a su conocimiento profesional por su carácter técnico y especializado; **ii) los indicios**, dado que el abuso suele producirse en circunstancias en las que no hay testigos directos ni rastros fisiológicos de los hechos; y, muy especialmente, **iii) el testimonio de las víctimas**, pues frecuentemente es el único elemento probatorio disponible, también por las condiciones en que ocurren los hechos."¹⁹

que estaba jugando con unas amigas, la tía no le creyó e insistió que le dijera la verdad, finalmente le dijo que había tenido relaciones sexuales con un hombre, luego se fueron para la casa de la tía y le contó la verdad.

Agregó que el acusado vivía a cuadra y media de su casa, se comportaba bien con toda la familia, era cariñoso, no sabe a qué se dedicaba CARLOS CIRO, ratificando que 8 días antes del 30 de marzo de 2016 él la invitó a caminar y ella accedió, ese día le dijo cosas bonitas, le endulzó el oído manifestándole que la iba a llevar a Bucaramanga, le iba a dar estudio, a comprar un apartamento y un carro, que ella era muy bonita, salían cada 8 días hasta el 6 de abril que se colocó la denuncia, tuvieron relaciones sexuales dos (2) veces. Sostuvo la descripción del lugar donde ocurrieron los hechos, así como que mantuvo relaciones en dos oportunidades el 30 de marzo y el 6 de abril de 2016 con CARLOS CIRO SILVA PINZÓN entre las 2:30 a 4:15 de la tarde sin ser obligada ni intimidada, pero que en la primera oportunidad CIRO le dio plata, un yogurt y un ponqué. No sabe si usó o no condón y aunque le había preguntado él le había dicho que sí. **Que éste le advertía que no le dijera a nadie porque lo metían a la cárcel** y que le contó todo a su tía porque le tenía mucha confianza.

La versión de la víctima, fue constante tanto con la que en juicio rindió su tía MARY LUZ BENAVIDES BOLAÑOS, indicando las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que la menor B.Y. le había comentado que sostuvo relaciones sexuales en dos (2) oportunidades con su novio a quien identificó como CARLOS CIRO SILVA PINZÓN, como las vertidas por su abuela TEOFILDE BOLAÑOS SALCEDO y, SANDRA MILENA RODRÍGUEZ BOLAÑOS (madre de la víctima) a quienes MARY LUZ les contó lo dicho por la menor víctima. Declaraciones acordes en todos sus aspectos con las vertidas en juicio por JHON JAIRO ARCINIEGAS ACEVEDO, NINI JOHANA BAUTISTA SANDOVAL, ALBA ROCÍO PÉREZ GÓMEZ, MARÍA YOLANDA LARA ZAMBRANO y ALBA MARÍA VELÁSQUEZ DOMINGUEZ, funcionarios del CTI encargados de la investigación, quienes además de identificar plenamente tanto a víctima como a victimario, lo hicieron frente al lugar de los hechos mediante fijación fotográfica y bosquejo fotográfico.

Conclusión a la que llegó también la profesional que realizó acompañamiento psicológico a la menor B.Y.B.R. Doctora LIZETH MARITZA VILLATE HERNÁNDEZ, quien en juicio, luego de incorporar el documento soporte de su valoración (Evidencia N° 8), indicó que agotadas varias sesiones evidenció en su paciente sintomatología

depresiva, afectación emocional al relato, estrés postraumático, asimilación de realidad de los hechos, labilidad emocional, actuaciones con las que determinó que: *“el relato de la menor coincide con la afectación emocional que evidenció en la menor a quien valoró y realizaba acompañamiento, comportamientos que se dan en personas que han sido víctimas de este tipo de delitos.”*

Nada distinto, incluso, puede extractarse de las versiones de los médicos que atendieron a la víctima en urgencias en el Hospital Regional de Duitama ese 6 y 7 de abril de 2018, a saber: la Doctora PAULA CORINNA MARTÍNEZ BARRIOS y el Ginecólogo Doctor VÍCTOR ALFONSO TORO DÍAZ, además, de la profesional de Medicina Legal Doctora ANDREA NIÑO PAIPILLA, quien realizó la valoración sexológica a la menor en la última fecha señalada y quienes en juicio además de manifestar los hallazgos físicos encontrados en la menor, fueron claros en afirmar que la niña dentro de su versión de las agresiones de tipo sexual que tuvo en su humanidad, había sostenido su ocurrencia en dos oportunidades con CARLOS CIRO SILVA PINZÓN quien era un vecino, tal y como lo plasmaron en sus respectivos dictámenes periciales, los cuales fueron introducidos en juicio en forma legal.

Para la Sala, volviendo al caso *sub examine*, el relato de la menor B.Y.R.B., según el cual, en dos (2) oportunidades (*determinadas en circunstancia de modo, tiempo y lugar*), fue objeto agresión sexual por parte del acusado, es una versión real, reiterada y puntual, demostrada, de una parte, con la actitud desplegada por la niña en el juicio oral y de otra, con las *“entrevistas”* que durante la investigación, *“repcionadas conforme a la ley”*, rindió ante las peritos que la examinaron, lo mismo que con la *“versión”* suministrada por la infante a su tía MARY LUZ, y a las verdidas por ésta tanto a la abuela como a la madre de la infante, medios de conocimiento acerca de los cuales ***se predica coincidencia en sus aspectos principales***, persistencia en la incriminación, ausencia de antibologías e inexistencia de motivos de animadversión que socaven la credibilidad conferida; por demás, los testimonios traídos por la Defensa a juicio, entre ellos, el de JOSÉ DE JESÚS MANCO MONTAÑEZ, MARÍA ESTHER MANCO MONTAÑEZ, CECILIA SILVA DE VALDERRAMA, ELADIO PINZÓN GACHARNÁ y JORGE ALEXANDER VELANDIA SEPÚLVEDA, corroboran que conocían tanto a víctima como a victimario, la cercanía que existía entre ellos, la del victimario con la familia de la menor; algunos de ellos identifican la casa abandonada donde la niña señala fue agredida y las actividades que realizaban cada uno de ellos; argumentos que si bien

no lograr desvirtuar los hechos agresivos, Sí soportan las versiones dadas por la víctima, las cuales no lograron ser desvirtuadas por la contraparte.

Frente a la réplica del recurrente en cuanto a que en el debate probatorio se demostró que el hecho del 30 de marzo de 2016 no se cometió, como quiera que los testimonios de JOSÉ DE JESÚS MANCO MONTAÑEZ, MARÍA ESTHER MANCO MONTAÑEZ, CECILIA SILVA DE VALDERRAMA y ELADIO PINZÓN GACHARNÁ concluyen fehacientemente que el acusado no pudo haber estado ese día en el lugar de los hechos al que hace mención la menor ya que se encontraba en una finca tractorando, ha de advertir la Sala que sus versiones fueron desvirtuadas en la medida en que al ser exhibidos los documentos que soportan la supuesta prestación del servicio de tractor por parte del Municipio de Duitama (*Evidencia N° 3 de la Defensa*), documentos que a más de ser simples copias allegadas no por autoridad pública sino por ELADIO PINZÓN GACHARNÁ e introducidas en juicio a través del investigador de la Defensa JOSÉ ARMANDO ARDILA RINCÓN, presentan vacíos en sus espacios y poca legibilidad, lo cual impide precisar las fechas allí estampada y si se hace un esfuerzo al leerla claramente una de ellas se observa que el servicio de tractor si se realizó pero el 28 de marzo de 2016, imprecisiones que se soportan aún más con el testimonio en juicio del señor PINZÓN GACHARNÁ (*primo del victimario y tractorista*), quien señaló en juicio que efectivamente prestó dos servicios a CARLOS CIRO en el mes de marzo, pero en ningún momento precisó las fechas y, que ese 30 de marzo de 2016 el tractor se le había varado por lo que tuvo que bajar a la ciudad a buscar los repuestos, circunstancia que ninguno de los otros testigos puso en conocimiento de la audiencia y que deja un lapso de tiempo en el que el acusado pudo o no pudo estar en la actividad de arado en la fecha ya mencionada.

Acota la Sala que, en gracia de discusión de la existencia de una posible confusión temporal en la ocurrencia del primer hecho agresivo, la misma Corte se ha ocupado de resaltar que: *“las inconsistencias, divergencias o contradicciones intrínsecas o extrínsecas del testimonio, o incluso la constatación de que un testigo faltó a la verdad en cierta parte de su narración no lo convierte en inaceptable o lo descalifica de plano, pues habrá de escudriñarse, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la validez o no del relato en su integridad, de cara al resto de medios suasorios, para lo cual debe ser analizado con mayor celo o precaución”*. Postura que en este caso es clara al tener en cuenta que la localización de la vivencia en el tiempo (*fecha y hora*) es uno de los procesos más inestables en los procesos psicológicos, en este caso de una personita de escasos 12 años de edad, que no denota una actitud

mentirosa, por el contrario, la víctima ha sido clara y constante en señalar que los encuentros con CARLOS CIRO ocurrían cada ocho (8) días y que en dos (2) ocasiones mantuvieron relaciones sexuales; víctima que a su edad no tenía la capacidad suficiente para consentir actividades sexuales. Aunado a ello, son los dictámenes médico, ginecológico y sexológico los que referencian que la menor B.Y.R.B. presenta himen no íntegro, con hallazgos compatibles de maniobras sexuales recientes sin descartar actividad sexual previa al evento del 6 de abril de 2016.

Por último, carecen de fundamento las alegaciones frente a las pruebas técnico científicas del cotejo del ADN de las muestras tomadas a la menor en el último evento narrado, dos (2) del introito vaginal y otra de la ropa interior que portaba ese 06 de abril de 2016, pues las resultas de las mismas, como bien lo declararon en juicio los bacteriólogos MARÍA DEL PILAR MEDINA GÓMEZ, AURA YANETH LIZARAZO QUINTERO y FERNANDO JOSÉ GONZÁLEZ TORRES –cada uno de acuerdo a su campo de acción- son contundentes en reportar en el introito vaginal: *“se encontró una mezcla del perfil genético tanto de la víctima como del victimario”* y en el introito vaginal no se encontraron infecciones ni espermatozoides, pero *“en la muestra tomada al pantalón interior de la niña se encontraron espermatozoides en 184 mil millones de veces más probable que provengan de CARLOS CIRO SILVA PINZÓN a que provengan de otro individuo al azar ...”*, esperma coincidente con la muestra aportada de manera voluntaria por el acusado, material que fortalece aún más el caso frente a la existencia de relaciones con penetración vía vaginal entre B.Y.R.B. y el señor CARLOS CIRO SILVA PINZÓN ese día. *(Evidencias 13, 14 y 16 de la Fiscalía)*.

Así las cosas, para la Sala no existe duda de la responsabilidad de CARLOS CIRO SILVA PINZÓN en los hechos de índole sexual que con la menor B.Y.R.B. en dos ocasiones *(marzo y abril de 2016)*, pues el material probatorio hasta aquí analizado así lo demuestra, a más de que su incriminación, individualización e identificación fue debidamente soportada.

En fin, el plexo probatorio que se ha venido comentando, supera las críticas de legalidad y de contenido que le hiciere la recurrente y por su claridad y consistencia, analizadas en conjunto, conducen al conocimiento más allá de toda duda necesario para condenar. La sentencia debe ser, por tanto, confirmada.

DECISIÓN:

En mérito a lo expuesto, LA SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

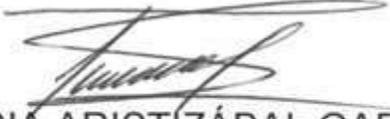
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

Contra esta sentencia procede recurso extraordinario de casación, el cual puede ser interpuesto dentro del término de cinco (5) días a partir de su notificación y presentada la demanda en los siguientes treinta (30) días, como lo dispone el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

Las partes quedan notificadas en estrados.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado