El siguiente es el documento presentado por el Magistrado ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del proceso de la referencia. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría.

**ACCESO CARNAL CON MENOR DE 14 AÑOS / ERRONEA VALORACIÓN PROBATORIA / REVOCA SENTENCIA ABSOLUTORIA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ERROR DE PROHIBICIÓN / ELEMENTOS / FACULTAD OFICICOSA DE CAMBIAR EN EL FALLO LA CALIFICACIÓN JURÍDICA / RECURSO QUE PROCEDE CONTRA LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL /**

“Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene que uno de los pilares en los cuales se cimentó el fallo absolutorio confutado, radicaron en que en opinión del A quo la Fiscalía no logró demostrar el delito por el cual acusó y solicitó la condena del Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ: acceso carnal abusivo con menor de 14 años, porque en sentir del Juez de primer nivel las pruebas debatidas en el juicio demostraron la comisión de un delito diferente: actos sexuales abusivos.”

(…)

“Tal situación avalaba para que el A quo, en caso de haber llegado a la convicción consistente en que las pruebas acreditaban que los hechos endilgado en contra del Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ no se adecuaban en el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años sino en el reato de actos sexuales abusivos, para que sin contrariar los postulados del principio de la congruencia, válidamente pudiera proferir una sentencia condenatoria de conformidad con el delito de actos sexuales abusivos, porque: a) no se presentaba ninguna afectación al núcleo factico de la acusación; b) se trataba de un reato del mismo género delictivo; c) el delito nobel es de menor entidad punitiva que aquel que fue objeto de la acusación y de la petición de condena deprecada por el Ente Acusador; d) el acusado no sufría ningún tipo de agravio o desmedro respecto de su situación jurídico-procesal.”

(…)

“Por lo que se podría decir que lo dicho por una persona lega en tales tópicos, se podría tornar en algo meramente especulativo cuyo poder suasorio o de convicción al momento de ser apreciado, según las reglas de la sana critica, vendría siendo un tanto fútil o baladí.

Al descender al caso en estudio, observa la Sala que el A quo no tuvo en cuenta pruebas científicas que de una u otra forma desvirtuaban las exculpativas del Procesado, entre las cuales se encontraban las consideraciones plasmadas por la Dra. PATRICIA INÉS MEJÍA MENESES ESCOBAR en el dictamen pericial psicológico # DROC-GNPF-053-11 del 17 de marzo del 2011, que le fue practicado a la menor ofendida, en el que se estableció que el relato vertido por la agraviada, acorde con factores tales como el lenguaje, la memoria, la sensopercepción, el raciocinio, etc… se encontraba acorde con su edad, la cual para ese entonces debería corresponder a los 13 años.”

(…)

“De igual forma, la Colegiatura no puede pasar por desapercibido lo dicho por el Procesado cuando afirmó que tanto Él como la agraviada tenían una amiga común, una tal “LINA”, la cual tenía 15 años de edad, razón por la que el acusado llegó a pensar que la joven “N.I.N.M” era más o menos coetánea de la misma edad de “LINA”. Pero de ser cierto lo dicho por el Procesado en tales términos, las reglas de la experiencia nos enseñan que cuando una persona se fija en otra, cualesquiera que sean sus intenciones, lo primero que hace es averiguar o indagar por esa persona, para así saber sus gustos, pasiones, actividades, edad, hobbies, etc… siendo los amigos en común la mejor fuente de la cual se puede obtener esa información. Por lo tanto es obvio o lógico que el Procesado debió acudir a esa amistad en común para así enterarse de ciertos pormenores de la adolescente “N.I.N.M”, entre los cuales se encontraba su edad.

Por lo tanto, todo lo antes expuesto para la Sala es indicativo que existía la posibilidad consistente en que el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ supiera o pudiera enterarse que se estaba involucrando sentimentalmente con una menor de 14 años.

Siendo así las cosas, la Colegiatura llega a las siguientes conclusiones:

No existen pruebas en la actuación procesal que de manera idónea e inespeculativa demuestren que para la época en la cual ocurrieron los hechos la menor “N.I.N.M” representaba una edad biológica mayor que la de su edad cronológica. Por lo que los dichos del Procesado en tales términos no pueden ser de recibo para la Sala.

Está demostrado que como consecuencia de las relaciones de vecindad surgidas entre el Procesado y la familia de la agraviada, quienes residieron en la misma cuadra, aunado a que tenían una amiga en común, existía la eventualidad que el acusado pudiera saber cuál era la posible edad de la agraviada a partir del momento en el que empezó a tratarla.

La credibilidad del testimonio rendido por JOSÉ FABIÁN MARULANDA se encuentra seriamente comprometida como consecuencia de los roces y desavenencias que sostuvo con LINCOLN JAMES NAGLES MADRIGAL, quien funge como tío de la menor ofendida.

En lo que corresponde con el segundo de los aludidos interrogantes, o sea el que atañe con que si la menor ofendida fue o no accedida carnalmente, la Sala se inclinará por concederle credibilidad a lo atestado de la víctima “N.I.N.M”, cuando aseveró que sostuvo relaciones carnales intimas de tipo amomaxico con el Procesado por lo siguiente:

La versión rendida por la agraviada obtiene eco en lo dictaminado por la perito psicóloga PATRICIA INEZ MENESES ESCOBAR, quien ratificó que era lógico y coherente el relato que le ofreció la joven “N.I.N.M” en el momento en el que la examinó.

El testimonio rendido por la ofendida, salvo ciertos detalles, en especial en el tema de la cúpula o del ayuntamiento carnal, es coincidente en muchos aspectos con la versión rendida por el procesado.

Acorde con lo que la menor “N.I.N.M” le expuso a la psicóloga PATRICIA INEZ MENESES ESCOBAR y la médico forense ADRIANA MENDOZA JIMENEZ, Ella ya había tenido experiencias sexuales previas con otra persona, tanto es así que el dictamen sexológico al que fue sometida nos enseña que a nivel del himen presentaba una desfloración antigua, por lo que no era ninguna doncella cuando sostuvo ese encuentro erótico-sexual con el Procesado. Tal situación es indicativa que la ofendida se encontraba en capacidad de saber o de diferenciar entre la introducción o penetración de un asta viril en la cavidad vaginal de las simples caricias efectuadas con ese órgano por la zona púbica.”

(…)

“En resumidas cuentas, acorde con todo lo expuesto en los párrafos anteriores, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

En la actuación procesal no existen elementos de juicio que de manera idónea demuestren, o que en su defecto siembren una sombra de dudas, que para la época de los hechos la ofendida representaba una edad biológica mayor que su edad clínica, y más por el contrario, de los medios de conocimientos aducidos al proceso, se infiere la posibilidad de que el acusado pudiera saber que al momento de entablar amistad con la adolescente “N.I.N.M”, se estaba enredando o inmiscuyendo con una menor de 14 años.

La ofendida si fue accedida carnalmente por parte del procesado durante el encuentro amomáxico que ambos sostuvieron, el que culminó de manera onánica.

Por lo tanto, como corolario, la Sala comparte los argumentos esgrimidos por el apelante en la alzada, en el sentido consistente en que el Juez de primer nivel se equivocó en la apreciación del acervo probatorio, puesto que las pruebas debatidas en el juicio en momento alguno demostraban las exculpativas del Procesado cuando expuso que cometió la conducta punible, por la cual fue llamado a juicio, bajo el influjo de la causal de exclusión de la responsabilidad criminal del error de tipo, y más por el contrario en el proceso existían pruebas que eran indicativas de que el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ si podía o estaba en posibilidad de saber cuál era la edad aproximada de la agraviada a partir del momento en el que entabló “amistad” con ella.

De igual forma el caudal probatorio demostraba que el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ si accedió carnalmente a la menor ofendida en el interior de un vehículo que se encontraba estacionado en los parqueaderos del centro comercial “La 14”, por lo que la Fiscalía, contrario a lo aducido por el A quo, si cumplió con aquello a lo que se comprometió a demostrar, o sea el compromiso penal del acusado en la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, tipificado en el artículo 208 C.P.

**Siendo así las cosas, la Sala revocará el provisto confutado y en consecuencia procederá a declarar la responsabilidad criminal del el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ por incurrir en la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.**

**Citación jurisprudencial:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del veinticuatro (24) de junio de 2015. Proceso # 41685. SP8034-2015. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. /

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del treinta (30) de mayo de 2007. Proceso # 26588. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

Ver entre otras: Sentencia del veintisiete (27) de julio de 2007. Rad. # 26468. M.P. ALFREDO GOMEZ QUINTERO; Sentencia del tres (3) de junio de 2009. Rad. # 28649. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS; Sentencia del veintiocho (28) de octubre de 2.009. Rad. # 32192. M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de marzo dieciséis (16) de dos mil once (2011). Proceso # 32685. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 27 de junio de 2012. Rad. # 32650. M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del diez (10) de abril de 2.013. Rad. # 40116. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 13 de julio de 2016. SP9508-2016. Rad. # 47124. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.

-----------------------------------------------------------------------

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta #980 del 27 de octubre de 2016. H: 10:45 p.m.

Pereira, veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 8:40 a.m.

Procesado: JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Rad. # 660016000035201003369-04

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el apoderado de las victimas en contra de fallo absolutorio

Decisión: Revoca fallo opugnado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver los sendos recursos de apelación interpuesto tanto por la Fiscalía como por el apoderado de las víctimas en contra de la sentencia proferida el veintiuno (21) de noviembre del 2.014 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento, en la cual se absolvió al Procesado **JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ** de los cargos endilgados en su contra, los cuales estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que originaron la presente actuación procesal tuvieron su génesis en esta municipalidad a eso de las 18:30 horas del 31 de julio del 2.010, cuando en las instalaciones de los parqueaderos del centro comercial *“La 14”*, el Sr. JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ, de 38 años de edad para esas calendas, en el interior de un vehículo sostuvo relaciones de tipo erótico-sexuales con la niña ***“N.I.N.M”***,quien para ese entonces tenía 12 años de edad.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 9 de mayo del 2.011 ante el Juzgado 7º Penal de esta localidad con funciones de control de garantía, en las cuales se le imprimió legalidad a la captura del entonces indicado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ, a quien posteriormente se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. De igual forma en esas vistas al Procesado no se le impuso ningún tipo de medida de aseguramiento, en atención a que la Fiscalía declinó de presentar cualquier tipo de petición en tal sentido.
2. El escrito de acusación presentado por la Fiscalía data del 18 de mayo del 2.011, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual el 13 de junio de esa anualidad se celebró la audiencia de formulación de la acusación, en la que el Ente Fiscal reiteró los cargos que le fueron imputados al Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ. Posteriormente la audiencia preparatoria se realizó de manera accidentada en sesiones efectuadas 1º de agosto de 2.011, el 23 de febrero de 2.012 y el 6 de agosto de 2.012.
3. El juicio oral, como consecuencia de una serie de aplazamientos deprecados por la Defensa, se llevó a cabo mediante sesiones celebrada los días 27 y 28 de noviembre de 2.013 y 7 de noviembre de 2.014. Finalizadas las fases procesales del caso, se anunció el sentido del fallo, el cual resulto ser de carácter absolutorio. Luego el 21 de noviembre del 2.014 se dictó el correspondiente fallo absolutorio, en contra del cual se alzaron tanto la Fiscalía como el apoderado de las víctimas.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad el 21 de noviembre del 2.014, en la cual resultó absuelto el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ de los cargos por los cuales fue acusado por parte del Ente Acusador, los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Los argumentos aducidos por el Juez de primer nivel para proferir el fallo absolutorio, se fundamentaron en establecer que el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ cometió la conducta punible bajo el amparo de la causal de exclusión de la responsabilidad criminal del error de prohibición consagrado en el # 10º del articulo 32 C.P.

Para llegar a la anterior conclusión, el *A quo* partió del supuesto consistente en que en la actuación procesal estaba acreditado que en efecto entre el acusado y la víctima tuvo ocurrencia un encuentro de tipo erótico-sexual, pero que acorde con lo expuesto por el Procesado, a cuyos dichos le otorgó credibilidad, el aludido JOSÉ NOÉ MUÑOZ ignoraba la edad de la víctima en atención a que creía que Ella tenía 16 años de edad como consecuencia de su estatura, complexión física, su desarrollo corporal y su manera de comportarse y expresarse.

Según el *A quo,* lo dicho por el Procesado obtenía eco en lo atestado por la victima cuando expuso que JOSÉ NOÉ MUÑOZ ignoraba su edad, sumado lo que la madre de la agraviada dijo respecto a que entre Ellos, a pesar de la vecindad, no existía ningún tipo de relación. A lo cual se debía aunar lo atestado por la psicóloga que atendió a la ofendida, cuando expuso que la menor agraviada no sufrió ningún tipo de impacto o de alteración con lo acontecido en atención a que la relación sexual no era algo novedoso para ella.

De igual forma el Juez de primer nivel expuso que del contenido de las pruebas debatidas en el juicio se desprendían una serie de dudas sobre si en el encuentro de tipo erótico-sexual que la agraviada sostuvo con el Procesado, hubo o no penetración del asta viril en la cavidad vaginal, lo que en sentir del *A quo* impedía que se pudiera proferir un fallo acorde con los términos de las peticiones deprecadas por parte del Ente Acusador, quien solicitó condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cuando la realidad probatoria era indicativa que se estaba en presencia del reato de actos sexuales abusivos.

Para el *A quo*, dichas dudas respecto de si hubo o no penetración surgían de las pruebas que demostraban que no se encontraron hallazgos de espermatozoides en las muestras vaginales que le fueron tomadas a la ofendida. A lo cual se le debía adicionar las lacónicas respuestas dadas por la víctima en el momento en el que fue interrogada sobre ese evento y las contradicciones en las que incurrió respecto al uso de preservativos por parte del procesado, en atención a que en unas ocasiones dijo que si y en otros que no. Además, en los relatos que la menor le ofreció tanto a la psicóloga como a la médico forense, no hizo mención alguna del tópico de la penetración carnal.

**LA APELACIÓN:**

**- El recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas:**

Como tesis de su discrepancia, el representante de los intereses de la víctima expone que el *A quo* no apreció en debida forma el acervo probatorio, el cual demostraba que la menor ofendida si fue accedida carnalmente por el Procesado, quien sabía que la persona con quien sostenía relaciones carnales era una menor de 14 años, por lo que no puede ser de recibo la hipótesis consistente en que el Procesado al momento de la comisión de la conducta punible actuó bajo el influjo del error de tipo.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el recurrente expuso que el Juez de primer nivel no tuvo en cuenta los testimonios de la madre y del tío de la menor, YENNIS y LINCOLN NAGLES MADRIGAL, quienes aseguraron que tanto la menor agraviada como el procesado residían desde hace mucho tiempo en el barrio *Mejía Robledo,* respectivamente en la carrera 16 y la carrera 17Bis, por lo que a pesar que el núcleo familiar de la ofendida no tenía relaciones de cercanía con el Procesado, JOSÉ NOÉ MUÑOZ si sabía cómo era su composición familiar y por ende la edad de la menor.

Respecto a las dudas que en sentir del *A quo* surgieron sobre el tema del acceso carnal, asevera el recurrente que el Juez de primer nivel no tuvo en cuenta el hallazgo de semen en las prendas de vestir de la víctima, así como el testimonio de la menor ofendida, quien expuso que el Procesado si la accedió carnalmente, lo cual era algo que la agraviada se encontraba en capacidad de entender o comprender, en atención a que al parecer Ella ya había tenido experiencias previas en esos menesteres si se tenía en cuenta que para la fecha del examen sexológico presentaba una desfloración antigua a nivel del himen.

De igual forma el apelante expuso que el *A quo* se equivocó al concederle credibilidad al testimonio del Procesado, el cual debía ser catalogado como de amañado cuando con el mismo pretendía desconocer que si accedió carnalmente a la menor ofendida porque supuestamente en la cavidad vaginal de la víctima no se encontraron restos de espermatozoides, lo cual tiene como explicación que la menor, antes de la valoración sexológica, se duchó en dos ocasiones y que para ese momento tenía el periodo menstrual.

Con base en tales argumentos, el recurrente solicita la revocatoria del fallo confutado.

**- El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía:**

Expone el recurrente que el fallo impugnado debe ser revocado en atención a que el *A quo* incurrió en errores en la apreciación del acervo probatorio por lo siguiente:

* Se le debió conceder credibilidad al testimonio de la víctima cuando expuso que entre ellos hubo un contacto de tipo erótico-sexual en el cual el Procesado la accedió carnalmente, si se tienen en cuenta los hallazgos de espermatozoides en el pantalón de la víctima.
* Si bien es cierto que no se encontraron restos de espermatozoides en el saco vaginal de la víctima, ello necesariamente no quiere decir que la ofendida no haya sido accedida carnalmente puesto que existía una explicación que justificaba dicho resultado negativo, tales como: el aseo de la víctima, el sangrado menstrual y el tiempo transcurrido a partir del momento en el que se tomaron las muestras, el cual fue más de 30 horas.
* El procesado se encontraba en capacidad de saber que estaba sosteniendo relaciones carnales con una menor de 14 años, puesto que acorde con las pruebas del proceso, desde que la víctima tenía tres años de edad, ambos residían en el mismo sector del cual eran vecinos.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal Municipal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades que de una u otra forma puedan viciar de nulidad la actuación procesal.

**- Problema jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso esgrimidos por los recurrentes, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

* ¿Tuvo ocurrencia una vulneración del principio de la congruencia que impedía que en contra del Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ se profiriera un fallo de condena según los términos del pliego de cargos, en atención a que en el juicio oral de demostró otro delito diferente del que fue objeto de acusación?
* ¿Las pruebas habidas en el proceso lograron demostrar que el acusado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ cometió la conducta punible impetrada en su contra bajo el amparo de la causal de exclusión de la responsabilidad penal del error de prohibición, lo cual ameritaba que en su favor se debía dictar un fallo de tipo absolutorio?

Asimismo, como problema jurídico coyuntural se desprende el siguiente:

¿Fue sustentado dentro de los términos legales el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía?

**- Solución:**

**a) La sustentación extemporánea del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía:**

El recurso de apelación hace parte de ese cúmulo de garantías que han sido denominadas por el artículo 29 de la Carta como Debido Proceso, en cuya virtud, acorde con los postulados del principio de contradicción, se le permite a las partes e intervinientes en una actuación procesal que se encuentren inconformes con una decisión que afecte sus intereses procesales, la posibilidad de poner en conocimiento de dicha inconformidad a un funcionario de mayor jerarquía de aquel que emitió la decisión confutada, quien estaría habilitado para asumir el conocimiento de la misma acorde con los temas objeto del disenso planteados por el apelante.

Pero es de anotar que el acceso a la 2ª instancia no es una garantía procesal que opera *per se* debido a que el apelante debe cumplir a cabalidad con una serie de obligaciones o de cargas procesales que en caso de no cumplirlas le impedirían al funcionario *Ad quem* pronunciarse de fondo sobre los tópicos objeto de alzada.

Entre las cargas que debe asumir el recurrente, se encuentran las siguientes: 1. La interposición y sustentación del recurso dentro de los términos o plazos establecidos para tal fin; 2. Que la decisión opugnada sea susceptible del recurso de alzada; 3. La correcta o debida sustentación del recurso; 4. El interés jurídico o la legitimación para recurrir.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, la Sala es de la opinión que la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía fue presentada de manera extemporánea y por ende tal alzada deberá ser declarada desierta según los términos del artículo 179A C.P.P. si nos atenemos a lo siguiente:

* El recurso de apelación interpuesto en contra del fallo opugnado, el cual data del 21 de noviembre del 2.014, fue interpuesto de manera oportuna, por lo que según las voces del articulo 179 C.P.P. el termino de 5 días para la correspondiente sustentación de la alzada empezaba a correr a partir del 24 de noviembre y finalizaba el 28 de noviembre de 2.014.
* El representante del Ente Acusador, como consta en la actuación procesal, presentó el escrito de sustentación del recurso de apelación el día 1º de diciembre del 2.014.

Lo antes expuesto nos estaría indicando que en el presente asunto la Fiscalía presentó de manera extemporánea la sustentación del recurso de apelación, lo que implicaría que el recurrente debe hacerse merecedor de la sanción procesal consagrada en el artículo 179A C.P.P. relacionada con la declaratoria de desierto de dicho recurso vertical.

Siendo así las cosas, la Sala declarara desierto el recurso de apelación interpuesto por el Ente Acusador en contra de la aludida sentencia adiada el 21 de noviembre del 2.014.

**b) La vulneración del principio de congruencia:**

La congruencia es uno de los principios que rigen al proceso penal, el cual hace parte integrante de ese cúmulo de garantías conocido por el artículo 29 de la Carta como Debido Proceso. Dicho principio pregona la existencia de una especie de armonía, consonancia o correspondencia que debe existir entre la sentencia y los cargos proferidos o endilgados en la acusación.

Es de resaltar que acorde con el contenido del artículo 448 C.P.P. dicha correlación que ha de existir entre esos dos actos procesales debe presentarse dentro un contexto personal, factico y jurídico, del cual, como bien lo expondremos más adelante, solo el jurídico admite cierta ductilidad.

Al respecto el máximo Tribunal Penal se ha pronunciado de la siguiente manera:

*“Esa norma, como de antaño lo ha sostenido la Corte, se refiere a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y a la garantía de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone la necesidad de hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.*

*Es así, porque con la formulación de acusación se materializa la pretensión punitiva del Estado y, por consiguiente, se fijan los límites -fáctico y jurídico- dentro de los que puede desarrollarse la correspondiente acción, que se reflejan esencialmente en el principio de congruencia, mismo que procura la salvaguarda del derecho de defensa, evitando que al procesado se le sorprenda con una sentencia ajena a los cargos formulados de los cuales, por supuesto, no se defendió…”[[1]](#footnote-1).*

De lo expuesto se puede colegir que como consecuencia del principio de congruencia, la acusación, en sus ámbitos fácticos, jurídicos y personal, tendría un carácter vinculante para el Juzgador de instancia, por lo que se presentaría una vulneración de dicho principio cuando: *a)* el Juez de la Causa profiere una sentencia condenatoria que riñe o se encuentra manifiestamente divorciada de los hechos o de la calificación jurídica dada a los mismos en la acusación, o su equivalente, impetrada por parte de la Fiscalía General de la Nación; *b)* se desconozcan o ignoren específicas circunstancias de atenuación o de agravación punitivas que fueron consignadas en el pliego de cargos, o por el contrario se pregonen agravantes o atenuantes no enunciados en la acusación.

En tal sentido, la Jurisprudencia ha expuesto lo siguiente:

*“Por ello, el juzgador al construir el correspondiente juicio de derecho puede llegar a transgredir el principio de congruencia, por acción o por omisión, ocurriendo en los siguientes eventos:*

*1. Por acción:*

*a) Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación, de acusación, según el caso, o por otros que no fueron objeto de acuerdo entre la Fiscalía y el acusado.*

*b) Cuando se condena por un delito por el cual nunca se hizo mención fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación, de la acusación, según el evento, o en el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado.*

*c) Cuando se condena por delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación, en la acusación, o el acordado entre la Fiscalía y el procesado, según el caso, pero se deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad.*

*2. Por omisión:*

*Cuando en la sentencia se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que fue reconocida en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso, o que había sido acordada entre el Fiscal y el procesado…”[[2]](#footnote-2).*

Es de anotar que a pesar del carácter vinculante que destaca al escrito de acusación, el mismo no detenta la condición de ser absoluto o pétreo, porque existe una hipótesis de maleabilidad en cuya virtud el Juez del conocimiento válidamente puede apartarse de la calificación jurídica dada a los hechos por parte de la Fiscalía en el escrito de acusación, lo que lo habilitaría para proferir una sentencia condenatoria por un delito diferente de aquel consignado en la acusación.

La hipótesis de la que hacemos mención, es producto de una línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[3]](#footnote-3), en la cual se llegó a la conclusión consistente en que la Judicatura puede proferir una sentencia condenatoria por la comisión de un delito diferente de aquel consagrado en el escrito de acusación, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

* Que la Fiscalía así lo solicite de manera expresa en el devenir del juicio.
* Que la nueva imputación deba versar sobre un delito del mismo género.
* El cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad punitiva.
* La tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación.
* No se deben afectar los derechos de los sujetos intervinientes.

Pero es de destacar que posteriormente, dicha línea jurisprudencial, la cual según los requisitos exigidos para hacerle el esquince al principio de congruencia, se podría catalogar como flexible para el Fiscal pero rigurosa para el Juez, quien estaba maniatado a los designios del Ente Acusador, pues era el único quien podía solicitar la variación de la calificación jurídica, a partir de la sentencia del dieciséis (16) de marzo del 2011. Rad. # 32685, fue modulada en lo que atañe con su maleabilidad, la cual se hizo extensiva hacia el Juez del Conocimiento, a quien se le reconocieron facultades oficiosas para variar en el fallo la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación sin necesidad de estar atado a los deseos de la Fiscalía. En dicho pronunciamiento vale la pena resaltar lo siguiente:

*“Si bien en el precedente citado por el defensor de Nelson Enrique Galvis Rojas, {Se refiere a la Sentencia del veintisiete (27) de julio de 2007. Rad. # 26468}, la Corte consideró que en la sistemática prevista en la ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes,* ***aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que 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]](#footnote-4).*

Dicha línea de pensamiento ha sido reiterada por la Corte, como bien se destaca en el siguiente precedente jurisprudencial:

*“No entiende la Corte cómo pudo haberse transgredido el debido proceso del indiciado H.Y.R.A, al haber sido condenado por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, y no por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, por el que se formuló la acusación, se solicitó la condena y se profirió el fallo se primera instancia, toda vez que dicha variación le reportó a su representado una ostensible disminución en la pena impuesta por el juzgador a quo.*

*(::::)*

*Esto significa, en principio, que entre acusación y fallo debe existir perfecta armonía en sus aspectos personal (sujetos) y fáctico (hechos y circunstancias), pues si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el acusado no puede ser sorprendido en la sentencia por hechos no imputados en la acusación, ni condenado por comportamientos definidos como delito, respecto de los cuales el fiscal no demande expresamente la condena.*

*De esa manera surge claro, que es con relación a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación debidamente demostrados en el juicio, que el fiscal puede solicitar la condena y el juez proferir el fallo correspondiente, teniendo en cuenta el carácter provisional de la calificación jurídica de la conducta incluida en la acusación, pues solo al término del debate probatorio resulta posible afirmar que es definitiva, toda vez que son los hechos que en el curso del juicio se lograron demostrar por las partes, los que le permiten al juez cumplir con su función constitucional de prodigar justicia, verificando si la adecuación típica propuesta por la fiscalía como fundamento de la solicitud de condena, coincide o no con lo demostrado en el juicio, y realizando la calificación definitiva según lo que declare probado en él, a fin de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas.*

*Así las cosas, en virtud del principio de congruencia, el acusado no puede ser sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas no incluidas en la acusación, ni condenado por las imputaciones jurídicas que no hayan sido expresamente solicitadas por la fiscalía al término del debate oral, como tampoco se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena, pues de hacerlo, en cualquiera de dichas eventualidades se viola el principio de congruencia entre sentencia y acusación.*

***Lo expuesto en manera alguna implica sostener que, de acuerdo con lo acreditado en la fase probatoria del juicio, el juez no se halle facultado para condenar por un delito de menor entidad al imputado por la fiscalía, para excluir circunstancias genéricas o específicas de agravación punitiva o para reconocer cualquier clase de atenuante genérica o específica que observe configurada, es decir, variar a favor del acusado la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral.***

*(:::::)*

*Como en este caso, lo que se presentó en el curso de la segunda instancia fue una degradación en la calificación jurídica de la conducta, no solamente en torno al número de comportamientos atribuidos, sino en cuanto al tipo penal aplicable al caso, pues se pasó de un concurso de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, a un delito único de actos sexuales con menor de catorce años, que reporta una penalidad inferior a la de aquel, es claro que ninguna afectación al debido proceso u otra garantía fundamental pudo haber tenido configuración…”[[5]](#footnote-5).*

Por lo tanto reiteramos, acorde con la aludida línea de pensamiento jurisprudencial, los Jueces de Conocimiento válidamente y de manera autónoma pueden proferir una sentencia de condena por un reato diferente de aquel consignado en la acusación, sin que con ello incurran en una vulneración del principio de congruencia, siempre y cuando ***se trate de un delito del mismo género y de menor entidad punitiva, y que los hechos constitutivos de esa nueva denominación delictiva sean respetuosos del núcleo fáctico contenido en la acusación***.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene que uno de los pilares en los cuales se cimentó el fallo absolutorio confutado, radicaron en que en opinión del *A quo* la Fiscalía no logró demostrar el delito por el cual acusó y solicitó la condena del Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ: acceso carnal abusivo con menor de 14 años, porque en sentir del Juez de primer nivel las pruebas debatidas en el juicio demostraron la comisión de un delito diferente: actos sexuales abusivos.

Para la Sala, en la remota hipótesis de que sea cierto lo argumentado por el Juez de primer nivel, o sea que como consecuencia de lo acreditado en el juicio llegó a la convicción consistente en que el delito endilgado en contra del Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ no correspondía al de acceso carnal abusivo con menor de 14 años sino al de actos sexuales abusivos, tal situación *per se* no lo relevaba de proferir un fallo condenatorio, porque si nos atenemos al contenido de la línea jurisprudencial antes enunciada, válidamente el Juzgador de instancia podía proferir un fallo de condena en contra del encausado por incurrir en la comisión del delito de actos sexuales abusivos, sin que con ello vulnerara del principio de la congruencia.

Para llegar a la anterior conclusión, se hace necesario tener en cuenta que los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales abusivos, tipificados respectivamente en los artículos 208 y 209 C.P. son reatos afines con distinto tratamiento punitivo que se encuentran dentro del mismo Título y Capitulo del Código Penal, siendo la única diferencia habida entre ellos la consistente en la forma de cómo es llevada a cabo la conducta libidinosa desplegada por el sujeto agente en contra del sujeto pasivo, ya que en el delito tipificado en el artículo 208 C.P. existe es una introducción o penetración del asta viril en el esfínter anal, o en la cavidad bucal o vaginal de la víctima[[6]](#footnote-6); mientras que en reato descrito en el artículo 209 C.P. el ofendido es sometido a una serie de actividades de tipo erótico-sexual diferentes de las del acceso carnal.

Tal situación avalaba para que el *A quo*, en caso de haber llegado a la convicción consistente en que las pruebas acreditaban que los hechos endilgado en contra del Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ no se adecuaban en el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años sino en el reato de actos sexuales abusivos, para que sin contrariar los postulados del principio de la congruencia, válidamente pudiera proferir una sentencia condenatoria de conformidad con el delito de actos sexuales abusivos, porque: a) no se presentaba ninguna afectación al núcleo factico de la acusación; b) se trataba de un reato del mismo género delictivo; c) el delito nobel es de menor entidad punitiva que aquel que fue objeto de la acusación y de la petición de condena deprecada por el Ente Acusador; d) el acusado no sufría ningún tipo de agravio o desmedro respecto de su situación jurídico-procesal.

Por lo tanto, se concluye que de ser cierto lo aludido por el A *quo* respecto a que las pruebas debatidas en el proceso acreditaron la ocurrencia de un delito diferente de aquel por el cual se acusó y se solicitó la declaratoria de condena del Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ por parte del Ente Acusador, acorde con lo expuesto en los párrafos anteriores, el Juez de primer nivel válidamente podía proferir en contra del aludido encausado un fallo condenatorio acorde con lo probado en el juicio sin que ello implicara una vulneración del principio de la congruencia.

**c) El error de prohibición:**

La causal de exclusión de la responsabilidad criminal del error, consagrada en el # 10º del articulo 32 C.P., tiene su fundamento en el conocimiento o la creencia equivocada que tiene el sujeto activo respecto de la realidad al momento de cometer la conducta punible, lo que trae como consecuencia que se presente un ostensible divorcio entre la realidad real y aquella que de manera equivocada solo existe en la psiquis del procesado.

Es de anotar que cuando el conocimiento errado de la realidad afecta los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo, Vg. el sujeto pasivo, la conducta o el objeto, lo que a su vez conlleva a la exclusión del dolo, tal fenómeno se le conoce como error de tipo, como bien lo ha destacado la Corte de la siguiente manera:

*“El error de tipo hace referencia al desconocimiento o conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal, con independencia de que estas tenga carácter fáctico, esto es de naturaleza descriptiva (cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (ajenidad, documento, funcionario)…”[[7]](#footnote-7).*

Acorde con la doctrina, dicho error de tipo:

*“Puede versar sobre: 1)* ***el objeto material****: la persona autorizada para llevarse una cosa por equivocación se lleva otra diferente; 2)* ***el sujeto activo****: el autor cree que no puede ser sujeto activo del delito; 3)* ***el sujeto pasivo****: el autor cree que la persona ha muerto y le sepulta no obstante que está viva, y 4)* ***la conducta****: el sujeto cree que suministra al enfermo el remedio y le da una sustancia toxica. No es posible el error sobre la parte subjetiva del tipo.*

*El error sobre un elemento normativo puede consistir en la equivocación o ignorancia sobre el significado o el sentido del sustrato fáctico del elemento, como, por ejemplo, si el sujeto se lleva una cosa ajena al confundirla con una suya similar y al creer que no era ajena sino propia; o puede recaer sobre el significado jurídico exacto de un elemento normativo, al creerse de manera equivocada que el supuesto de hecho no encaja en el concepto normativo consignado en la descripción legal.*

*También puede ocurrir que el error del sujeto verse sobre la interpretación del significado jurídico preciso de un elemento normativo, al creer de manera equivocada que el supuesto de hecho no encaja en el elemento normativo descrito en el tipo, como en el caso de que alguien sabe que desempeña una función pública pero no se considera a sí mismo como funcionario público, concretamente cuando un jurado de votación en un debate electoral sabe que desempeña una función pública en forma transitoria pero cree que no es funcionario público, no obstante que los es por mandato del articulo 20 C.P….”[[8]](#footnote-8).*

En el caso en estudio se tiene que el *A quo* en el fallo confutado llegó a la conclusión consistente en que el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ, cuando sostuvo el encuentro de tipo erótico-sexual con la ofendida ***“N.I.N.M”***, lo hizo bajo el convencimiento de que la agraviada tenía 16 años y que por ende no sabía que era menor de 14 años. Lo que en un principio podría generar un error de tipo relacionado con el supuesto conocimiento errado que el procesado tenía sobre uno de los elementos esenciales de la descripción típica consagrada en el artículo 208 C.P. la cual hace relación con la edad del sujeto pasivo, la que en dichos eventos libidinosos no puede exceder o sobrepasar los 14 años de edad.

Ahora bien, un análisis de lo que al respecto dijo el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ cuando rindió testimonio en el juicio, se tiene que el encausado aseveró que con la ofendida tuvo un encuentro casual cuando transitaba por el barrio, en el cual, después de entablar una conversación, ambos intercambiaron números telefónicos. De igual forma adveró que en varias ocasiones recibió llamadas telefónicas de la agraviada, en las que acordaron verse en una heladería o refresquería, sitio en donde la joven le contó sus penurias y desventuras amorosas, relacionadas con una ruptura que recientemente había tenido con un novio.

Después de ese encuentro en la heladería, expone el declarante que la ofendida lo estuvo llamando hasta cuando acordaron verse en horas de la tarde del 31 de julio del 2.010, pero que a instancias del procesado quedaron que ese encuentro solo podía darse en el centro comercial del supermercado *“La 14”,* en atención a que para ese entonces el testigo debía comprar unos víveres.

Expone el acusado que después de recoger en su vehículo a la muchacha en el sitio en donde ella se encontraba, procedieron a dirigirse hacia el supermercado *“La 14”*, y que una vez que estuvieron en los parqueaderos, ella decidió quedarse en el vehículo oyendo música mientras que Él iba a comprar los víveres. Pero cuando él regresó, se dio cuenta que Ella estaba sentada en la parte posterior del vehículo, y que entre sus piernas tenia puesta una chaqueta de su propiedad. De igual forma advera el declarante que Ella sensualmente lo invitó para que le hiciera compañía, propuesta a la que accedió, y que una vez que estuvieron juntos, la adolescente empezó a besarlo apasionadamente, se quitó la chaqueta que tenía sobre las piernas, ahí se dio cuenta que Ella estaba en paños menores, para luego montarse encima de sus piernas a horcajadas y de esa manera friccionar su sexo con el de Él de manera intensa mientras lo besaba y acariciaba.

Asevera el declarante que si bien es cierto que en ese encuentro erótico no accedió o penetró carnalmente a la joven a pesar de que durante el mismo desabrochó la cremallera de sus pantalones; pero el testigo en su relato da a entender que logró sacar su asta viril, y que durante el proceso de rozamiento que ella le efectuaba con el pubis, no pudo contenerse más y eyaculó entre las piernas de la adolescente.

Finalmente el testigo en su relato expone que durante el tiempo en el que tuvo trato con la joven ***“N.I.N.M”***, ella no le dijo cuál era su edad pero que por su apariencia, desempeño y contextura física él pensaba que Ella tenía 16 años de edad; convencimiento este que se reforzó aún más por el hecho consistente en que ellos tenían una amiga en común de nombre *“LINA”,* la cual para esos días había cumplido 15 años de edad, lo que le dio pie para pensar que Ellas eran coetáneas.

Al confrontar la versión del Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ con el resto del acervo probatorio, se tiene que no existe duda alguna que entre él y la joven ***“N.I.N.M”*** tuvo ocurrencia un encuentro de tipo erótico sexual, lo cual fue admitido por la agraviada, quien en efecto ratificó que entre Ella y el Procesado nunca dialogaron sobre el tema de su edad, pero bien vale la penar anotar que la ofendida afirmó que en esos devaneos eróticos si hubo penetración o acceso carnal, lo cual se dio a instancias del Procesado, quien después de seducir y excitar a la ofendida, consiguió que Ella fuera hacia la parte posterior del vehículo en donde la accedió carnalmente. Por lo tanto, a pesar de ser un hecho cierto la ocurrencia del incidente libidinoso, del mismo surgen como tópicos por esclarecer: a) Sabía el Procesado o estaba en capacidad de conocer que la agraviada era menor de 14 años de edad; b) La ofendida fue accedida carnalmente o en su defecto solo fue objeto de unos actos erótico-sexuales diferentes del acceso carnal propios de aquellos que son conocidos como *“copula interfemora”.*

Como respuesta al primer interrogante, o sea el relacionado en el tópico de la edad de la agraviada, se tiene que en la actuación procesal no existe prueba idónea que acredite de manera plena, o que dé lugar a un margen de dudas racionales, sobre lo dicho por el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ respecto a que la ofendida ***“N.I.N.M”***, como consecuencia de su forma de hablar, de expresarse, por su apariencia y contextura física representaba una edad de 16 años, la que sería mayor que la que en verdad tenía: 12 años[[9]](#footnote-9), cuando entre ambos tuvo ocurrencia el aludido encuentro erótico-sexual.

Sin preterir la existencia del principio de la libertad probatoria, la Sala no puede ignorar que este tipo de eventos relacionados con las coincidencias que pueden o no existir entre las edades cronológicas y biológicas de una persona, solo pueden ser demostradas de manera idónea y mucho más convincente mediante prueba pericial, puesto que se requiere de la opinión de una persona con conocimientos científicos y especializados, ya sea en psicología, morfología o en medicina, quien válidamente puede determinar si en efecto una persona como consecuencia de su desarrollo cognitivo, físico, sexual y su contextura corporal, su edad biológica coincide con su edad cronológica, o si por el contrario representa una edad biológica mayor o menor que su edad cronológica.

Por lo que se podría decir que lo dicho por una persona lega en tales tópicos, se podría tornar en algo meramente especulativo cuyo poder suasorio o de convicción al momento de ser apreciado, según las reglas de la sana critica, vendría siendo un tanto fútil o baladí.

Al descender al caso en estudio, observa la Sala que el *A quo* no tuvo en cuenta pruebas científicas que de una u otra forma desvirtuaban las exculpativas del Procesado, entre las cuales se encontraban las consideraciones plasmadas por la Dra. PATRICIA INÉS MEJÍA MENESES ESCOBAR en el dictamen pericial psicológico # DROC-GNPF-053-11 del 17 de marzo del 2011, que le fue practicado a la menor ofendida, en el que se estableció que el relato vertido por la agraviada, acorde con factores tales como el lenguaje, la memoria, la sensopercepción, el raciocinio, etc… se encontraba acorde con su edad, la cual para ese entonces debería corresponder a los 13 años.

No desconoce la Sala que en la actuación se encuentra el testimonio rendido por el Sr.JOSÉ FABIÁN MARULANDA CALLEJAS, quien para la época de los hechos se desempeñaba como suboficial de la Policía Nacional adscrito al *“G.A.U.L.A”,* el cual expuso que a la víspera de los acontecimientos tuvo un efímero contacto con la menor en atención a que un tío, quien también era agente de la Policía Nacional, y la madre habían solicitado el apoyo del *“G.A.U.L.A”* porque se pensaba que se estaba en presencia de un rapto, pero cuando dialogó con la menor se esclareció todo ya que lo de la abducción nunca ocurrió, y ahí fue cuando se dio cuenta que la niña supuestamente raptada no era la *“niña”* que Él se había imaginado, porque se trataba de una muchacha mucho mayor que más bien parecía tener 16 años de edad.

Para la Sala lo adverado en tales términos por el Sr. JOSÉ FABIÁN MARULANDA hay que tomarlo con beneficio de inventario, porque no es un testigo experto en morfología o en tópicos afines, por lo que sus dichos en tales aspectos se podrían tornar en especulativos. Asimismo dicha declaración se podría catalogar como de parcializada, perniciosa o malintencionada, en atención a que para el momento en el que ocurrieron los hechos narrados por el testigo, él había sostenido unos roces y fricciones con un tío de la menor supuestamente secuestrada: LINCOLN JAMES NAGLES MADRIGAL, quien también se desempeñaba como policial del *“G.A.U.L.A”*, el cual, según decir del testigo, quería manipular la investigación al no aceptar tozudamente los resultados de la misma, los cuales demostraban que no se estaba en presencia de un rapto. Tanto es así que el testigo asevera que LINCOLN JAMES NAGLES de manera grosera y terca desobedeció las órdenes de sus superiores y por ello se le adelantó una investigación por insubordinación.

Es de anotar que las fricciones y desavenencias acaecidas entre LINCOLN JAMES NAGLES y sus demás compañeros de armas, fueron admitidas por el propio LINCOLN JAMES NAGLES, quien en su testimonio expuso que cuando se enteró por parte de su hermana JENNY NAGLES MADRIGAL que su sobrina había sido raptada por un sujeto en un automóvil, solicitó el apoyo del *“G.A.U.L.A”* para ubicar el paradero de su sobrina. Pero una vez que su pariente apareció y se supo lo que en verdad aconteció, varios de sus superiores le ordenaron que dejará las cosas así porque supuestamente no había pasado nada, pero que Él se negó porque su sobrina había sido víctima de un abuso sexual, y actuando en contra de lo ordenado por sus superiores, procedió a ir con su hermana hacia el *“U.R.I”* de la Fiscalía para presentar la correspondiente denuncia.

Otros aspecto que no se puede pasar por alto, es que al juicio acudieron a rendir testimonio los Sres. JENNY NAGLES MADRIGAL y LINCOLN JAMES NAGLES MADRIGAL, quienes en sus respectivas calidades de madre y tío de la menor *“N.I.N.M”,* al unisonó manifestaron que el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ, vivió en el mismo barrio en donde ellos residían, más exactamente por la misma cuadra, diagonal al domicilio de los testigos, y que tal relación de vecindad aconteció desde cuando *“N.I.N.M”* tenía como unos tres años de edad.

De igual forma, la Colegiatura no puede pasar por desapercibido lo dicho por el Procesado cuando afirmó que tanto Él como la agraviada tenían una amiga común, una tal *“LINA”,* la cual tenía 15 años de edad, razón por la que el acusado llegó a pensar que la joven *“N.I.N.M”* era más o menos coetánea de la misma edad de *“LINA”.* Pero de ser cierto lo dicho por el Procesado en tales términos, las reglas de la experiencia nos enseñan que cuando una persona se fija en otra, cualesquiera que sean sus intenciones, lo primero que hace es averiguar o indagar por esa persona, para así saber sus gustos, pasiones, actividades, edad, *hobbies,* etc… siendo los amigos en común la mejor fuente de la cual se puede obtener esa información. Por lo tanto es obvio o lógico que el Procesado debió acudir a esa amistad en común para así enterarse de ciertos pormenores de la adolescente *“N.I.N.M”,* entre los cuales se encontraba su edad.

Por lo tanto, todo lo antes expuesto para la Sala es indicativo que existía la posibilidad consistente en que el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ supiera o pudiera enterarse que se estaba involucrando sentimentalmente con una menor de 14 años.

Siendo así las cosas, la Colegiatura llega a las siguientes conclusiones:

* No existen pruebas en la actuación procesal que de manera idónea e inespeculativa demuestren que para la época en la cual ocurrieron los hechos la menor *“N.I.N.M”* representaba una edad biológica mayor que la de su edad cronológica. Por lo que los dichos del Procesado en tales términos no pueden ser de recibo para la Sala.
* Está demostrado que como consecuencia de las relaciones de vecindad surgidas entre el Procesado y la familia de la agraviada, quienes residieron en la misma cuadra, aunado a que tenían una amiga en común, existía la eventualidad que el acusado pudiera saber cuál era la posible edad de la agraviada a partir del momento en el que empezó a tratarla.
* La credibilidad del testimonio rendido por JOSÉ FABIÁN MARULANDA se encuentra seriamente comprometida como consecuencia de los roces y desavenencias que sostuvo con LINCOLN JAMES NAGLES MADRIGAL, quien funge como tío de la menor ofendida.

En lo que corresponde con el segundo de los aludidos interrogantes, o sea el que atañe con que si la menor ofendida fue o no accedida carnalmente, la Sala se inclinará por concederle credibilidad a lo atestado de la víctima *“N.I.N.M”*, cuando aseveró que sostuvo relaciones carnales intimas de tipo amomaxico con el Procesado por lo siguiente:

* La versión rendida por la agraviada obtiene eco en lo dictaminado por la perito psicóloga PATRICIA INEZ MENESES ESCOBAR, quien ratificó que era lógico y coherente el relato que le ofreció la joven *“N.I.N.M”* en el momento en el que la examinó.
* El testimonio rendido por la ofendida, salvo ciertos detalles, en especial en el tema de la cúpula o del ayuntamiento carnal, es coincidente en muchos aspectos con la versión rendida por el procesado.
* Acorde con lo que la menor *“N.I.N.M”* le expuso a la psicóloga PATRICIA INEZ MENESES ESCOBAR y la médico forense ADRIANA MENDOZA JIMENEZ, Ella ya había tenido experiencias sexuales previas con otra persona, tanto es así que el dictamen sexológico al que fue sometida nos enseña que a nivel del himen presentaba una desfloración antigua, por lo que no era ninguna doncella cuando sostuvo ese encuentro erótico-sexual con el Procesado. Tal situación es indicativa que la ofendida se encontraba en capacidad de saber o de diferenciar entre la introducción o penetración de un asta viril en la cavidad vaginal de las simples caricias efectuadas con ese órgano por la zona púbica.

Ahora bien, se podría decir que la Sala para demostrar que la ofendida si fue accedida carnalmente acudió a pruebas de referencia, como lo es lo que las peritos PATRICIA INEZ MENESES ESCOBAR y ADRIANA MENDOZA JIMENEZ expusieron sobre lo que a Ellas les dijo la menor agraviada sobre sus experiencia sexuales previas[[10]](#footnote-10); e igualmente que la credibilidad del testimonio de la ofendida se encuentra comprometida porque incurrió en contradicciones respecto de si el procesado uso o no preservativos durante el coito.

Tales reproches para la Sala no pueden ser de recibo por lo siguiente:

1) Lo atestado por las peritos PATRICIA INEZ MENESES ESCOBAR y ADRIANA MENDOZA JIMENEZ sobre lo que la ofendida les dijo respecto de sus previas experiencias sexuales, si bien es cierto que esa información debería ser catalogada como propia de un testimonio de oídas, para la Sala esas declaraciones *ex auditu,* como consecuencia de los postulados del principio *“Pro infans”,* de todos modos deben ser consideradas como una pruebas de referencia admisible, como bien lo ha reconocido la Corte de la siguiente manera:

## *“Así, es claro que en los planos legislativo y jurisprudencial, desde hace varios años existe consenso frente a la necesidad de evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las decisiones citadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-177 de 2014 atrás referida.*

## *A pesar de la tendencia proteccionista ampliamente desarrollada por la jurisprudencia en las sentencias atrás referidas, es posible que el niño víctima de abuso sexual sea presentado como testigo en el juicio oral, tal y como sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala. Ante situaciones como esta, cabe preguntarse si las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral son admisibles como prueba para todos los efectos. La Sala considera que sí, por las siguientes razones:*

## *En primer término, por la vigencia del principio pro infans, de especial aplicación en atención a la corta edad de la víctima y la naturaleza de los delitos investigados, tal y como se destaca en la jurisprudencia atrás referida. Aunque el principal efecto de la aplicación de este principio es que el niño no sea presentado en el juicio oral, el mismo adquiere especial relevancia cuando el menor es llevado como testigo a este escenario, porque una decisión en tal sentido incrementa el riesgo de que sea nuevamente victimizado y, en consecuencia, obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos que sean necesarios para evitarlo.*

## *Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan rememorar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que solo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.*

## *Lo contrario sería aceptar que el niño víctima de abuso sexual, presentado como testigo en el juicio oral (en contravía de la tendencia proteccionista ya referida), esté en una situación desventajosa frente a otras víctimas que, en atención a su edad y a la naturaleza del delito, fueron interrogados una sola vez, generalmente poco tiempo después de ocurridos los hechos, y su declaración fue presentada como prueba de referencia, precisamente para evitar que fueran nuevamente victimizados.*

## ***Por lo tanto, la Sala concluye que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario****….”[[11]](#footnote-11).*

2) Si bien es cierto que la menor se contradijo, porque en efecto en el juicio expuso que el Proceso no utilizó preservativo, mientras que ante la perito PATRICIA INEZ MENESES dijo todo lo contrario, ello para nada mina o socava la credibilidad de sus dichos respecto del ayuntamiento carnal que según su testimonio sostuvo con el acusado, en atención a que el acervo probatorio es claro en demostrar que en las prendas íntimas de la agraviada se encontraron huellas de semen, las cuales, según el dictamen pericial # DROC-LBIF-243-2010, existía la probabilidad en 153 trillones de veces que esos espermatozoides provinieran del ahora Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ. Por lo que surge la plausible hipótesis consistente en que de haber utilizado el Procesado condón, posiblemente en las prendas de vestir de la ofendida no aparecerían manchas de líquido seminal el cual se quedaría dentro del preservativo; y más por el contrario, al encontrarse manchas de semen en las bragas que utilizaba la víctima, en contexto con su relato, es posible que en el presente asunto estemos en presencia de un típico acto de onanismo, en el cual la eyaculación se da por fuera una vez culminado el proceso de penetración.

En resumidas cuentas, acorde con todo lo expuesto en los párrafos anteriores, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

* En la actuación procesal no existen elementos de juicio que de manera idónea demuestren, o que en su defecto siembren una sombra de dudas, que para la época de los hechos la ofendida representaba una edad biológica mayor que su edad clínica, y más por el contrario, de los medios de conocimientos aducidos al proceso, se infiere la posibilidad de que el acusado pudiera saber que al momento de entablar *amistad* con la adolescente *“N.I.N.M”*, se estaba enredando o inmiscuyendo con una menor de 14 años.
* La ofendida si fue accedida carnalmente por parte del procesado durante el encuentro amomáxico[[12]](#footnote-12) que ambos sostuvieron, el que culminó de manera onánica.

Por lo tanto, como corolario, la Sala comparte los argumentos esgrimidos por el apelante en la alzada, en el sentido consistente en que el Juez de primer nivel se equivocó en la apreciación del acervo probatorio, puesto que las pruebas debatidas en el juicio en momento alguno demostraban las exculpativas del Procesado cuando expuso que cometió la conducta punible, por la cual fue llamado a juicio, bajo el influjo de la causal de exclusión de la responsabilidad criminal del error de tipo, y más por el contrario en el proceso existían pruebas que eran indicativas de que el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ si podía o estaba en posibilidad de saber cuál era la edad aproximada de la agraviada a partir del momento en el que entabló *“amistad”* con ella.

De igual forma el caudal probatorio demostraba que el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ si accedió carnalmente a la menor ofendida en el interior de un vehículo que se encontraba estacionado en los parqueaderos del centro comercial *“La 14”*, por lo que la Fiscalía, contrario a lo aducido por el *A quo,* si cumplió con aquello a lo que se comprometió a demostrar, o sea el compromiso penal del acusado en la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, tipificado en el artículo 208 C.P.

Siendo así las cosas, la Sala revocará el provisto confutado y en consecuencia procederá a declarar la responsabilidad criminal del el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ por incurrir en la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

**LA PUNIBILIDAD:**

Desvirtuada la presunción de inocencia que le asistía al enjuiciado, puesto que en el proceso se demostró, más allá de toda duda razonable, el compromiso penal que les asistía respecto de los cargos que le fueron enrostrados por incurrir en la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, le corresponde ahora a la Sala, acorde con lo decidido y resuelto en el presente proveído, dosificar la correspondiente pena a imponer, la cual deberá respetar los principios de necesidad; proporcionalidad y razonabilidad, consagrados en el artículo 3º C.P. y estar acorde con las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, establecidas en el artículo 4º del Código Penal.

El delito por el cuales se declaró la responsabilidad criminal del encausado corresponde al reato de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, tipificado en el artículo 208 C.P. siendo sancionados con una pena de 12 a 20 años de prisión.

Al aplicar el sistema de cuartos, como quiera que la Fiscalía en contra del Procesado no les endilgó circunstancias genéricas de mayor punibilidad y aunado a que al parecer en favor del acriminado existe una circunstancia de menor punibilidad, como es la carencia de antecedentes penales, por lo que en atención a lo consignado en el inciso 2º del artículo 61 ibídem se partirá del primer cuarto mínimo de punibilidad, el cual oscilaría entre 12 a 14 años de prisión. Luego, al ingresar en la fase de individualización de la pena, se tiene que según lo acreditado en el proceso, la Sala es de la opinión que en el presente asunto se debe partir de la pena mínima, o sea la de 12 años de prisión.

En el tema relacionado con la dosificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, acorde con lo consignado en el inciso 3º del artículo 52 C.P. la misma corresponderá a un tiempo igual al de la pena de prisión, que este caso fue tasada en un término de 12 años

SUBROGADOS PENALES:

Respecto del tema de los subrogados y demás sustitutos penales, considera la Sala que el Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ no puede hacerse merecedor del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni el sustituto de la pena de prisión por prisión domiciliaria, en atención a que por como consecuencia del monto de la pena mínima con la cual es sancionado el delito por el que se declaró su compromiso penal, no se cumpliría con el requisito objetivo que es necesario para la procedencia de tales sustitutos y subrogados penales.

A lo anterior, se debe aunar que acorde con lo consignado tanto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2.006 como en el artículo 68A C.P. por ser la victima un menor de edad, el delito por el cual fue declarada la responsabilidad criminal del acriminado no es susceptible de dichos subrogados y sustitutos penales.

Finalmente, teniendo en cuenta el monto de las penas impuestas al encausado como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad criminal, aunado a que se encuentra en libertad y como quiera que no se les reconoció ningún tipo de subrogado o de sustitutos penales, la Sala, a fin de hacer efectivo lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia y de esa manera conjurar cualquier riesgo de no comparecencia, procederá a librar las correspondientes ordenes de captura en contra del Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ*.*

**ANOTACIONES FINALES:**

En lo que tiene que ver con los eventuales recursos que procederían en contra de lo resuelto en sede de 2ª instancia, la **Sala mayoritaria** es de la opinión que en el presente asunto no tendría aplicación la sentencia # C-792 del 29 de octubre de 2014 de la Corte Constitucional en la que se consignó la doctrina del recurso de casación que procedería en contra del primer fallo de condena, por lo que en contra del presente fallo de 2ª instancia, según opinión de la Sala mayoritaria, solo procedería el recurso de apelación, el que deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

Por el mérito de lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **DECLARAR** desierto el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia proferida el veintiuno (21) de noviembre del 2014 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento.

**SEGUNDO**: **REVOCAR** la sentencia proferida el veintiuno (21) de noviembre del 2.014 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, con funciones de conocimiento, en la cual se absolvió al Procesado **JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ** de los cargos endilgados en su contra, los cuales estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

**TERCERO:** Como corolario de lo anterior, se **declarara la responsabilidad criminal** del Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ por incurrir en la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, tipificado en el artículo 208 C.P.

**CUARTO:** En consecuencia, se condenara al Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ a purgar una pena de prisión de 12 años, así como a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.

**QUINTO:** No reconocerle al Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria.

**SEXTO:** Librar las correspondientes órdenes de captura en **contra** del Procesado JOSÉ NOÉ MUÑOZ MARTÍNEZ, a fin de hacer efectivo lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia.

**SÉPTIMO:** Contra de decisión en la que la Colegiatura declaró desierta la alzada interpuesta por la Fiscalía procede el recurso de reposición, mientras que en contra de aquella que desató la apelación procede el recurso de casación. Dichos recursos deberán ser interpuestos y sustentados dentro de los términos de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

***CON ACLARACIÓN DE VOTO***

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del veinticuatro (24) de junio de 2015. Proceso # 41685. SP8034-2015. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del treinta (30) de mayo de 2007. Proceso # 26588. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver entre otras: Sentencia del veintisiete (27) de julio de 2007. Rad. # 26468. M.P. ALFREDO GOMEZ QUINTERO; Sentencia del tres (3) de junio de 2009. Rad. # 28649. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS; Sentencia del veintiocho (28) de octubre de 2.009. Rad. # 32192. M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de marzo dieciséis (16) de dos mil once (2011). Proceso # 32685. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 27 de junio de 2012. Rad. # 32650. M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-5)
6. Lo cual no quiere decir que la Sala no desconozca el concepto de acceso carnal consagrado en el artículo 212 C.P. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del diez (10) de abril de 2.013. Rad. # 40116. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-7)
8. SUAREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, en Lecciones de Derecho Penal, Parte General: Paginas # 252 y 253. 2ª Edición. Ediciones Universidad Externado de Colombia. 2.011. [↑](#footnote-ref-8)
9. Como bien se desprende del contenido de los certificados de registro civil de nacimiento de la menor agraviada, lo cual fue objeto de estipulaciones probatorias. [↑](#footnote-ref-9)
10. Información esta que se adujo al juicio no por lo que la víctima dijo cuándo absolvió testimonio sino por lo que las peritos testificaron. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 13 de julio de 2016. SP9508-2016. Rad. # 47124. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-11)
12. Expresión que proviene de *“AMOMAXIA”,* la cual tiene que ver con las personas que sostienen relaciones sexuales en el interior de un vehículo estacionado. [↑](#footnote-ref-12)