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

**TEMAS: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS / TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA / VALORACIÓN PROBATORIA / INDICIO DE LA OPORTUNIDAD PARA DELINQUIR.**

Mediante el presente cargo el apelante descalificó la valoración del poder suasorio que en el fallo de primer nivel se le concedió al testimonio rendido por la menor “M.B.P.” al aseverar que se estaba en presencia de un testimonio poco convincente como consecuencia de las contradicciones e inconsistencias en las cuales incurrió en sus relatos, a lo que se le debía aunar que en momento alguno sus dichos encontraban corroboración o respaldo en el resto de las pruebas allegadas al proceso.

Frente a lo anterior, la Colegiatura dirá que no le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante para cuestionar el poder de convicción que en el fallo confutado se le concedió al testimonio absuelto por la menor “M.B.P.” en su calidad de víctima de las conductas punibles enrostradas al procesado AZR. (…)

Por lo tanto, las pruebas que demuestran esa interacción habida entre el Procesado y la ofendida como consecuencia de compartir el mismo espacio, serán apreciadas por la Colegiatura como hechos indicadores del indicio de la oportunidad para delinquir, el cual se presenta en aquellos eventos en los que el sujeto agente se encuentra en unas circunstancias o condiciones especiales que le hacen posible o le facilitan la comisión de un hecho delictivo; como bien aconteció en el caso subexamine, en donde la aludida relación de proximidad habida entre víctima y victimario, pudo facilitar para que este último pudiera perpetrar los atropellos y abusos sexuales endilgados en su contra. (…)

**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 2ª INSTANCIA**

Aprobado mediante acta # 256 del 12 de marzo de 2019.H: 01:00 p.m.

Pereira, catorce (14) de marzo de Dos mil Diecinueve (2.019)

Hora: 08:11 a.m.

Procesado: AZR

Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso con acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Radicación # 66001-60-00-036-2013-00059-01

Procede: Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.

Tema: Errores en la apreciación del acervo probatorio y credibilidad del testimonio de la víctima menor de edad; acreditación hechos jurídicamente relevantes

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del dieciséis (16) de enero de 2.015, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado AZR, por incurrir en la comisión de los reatos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso con los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia en esta municipalidad durante el lapso comprendido entre los años 2.011 al 2.012, y están relacionados con una serie de abusos y atropellos sexuales a los que de manera reiterativa y furtiva en diferentes oportunidades fue sometida la menor “*M.B.P.”* de 7 años de edad para ese entonces, los cuales le fueron endilgados al ahora procesado AZR, quien tenía la edad de 60 años.

Según se aduce en el libelo acusatorio, los hechos ocurrieron en el interior de las viviendas ubicadas, respectivamente, en la Cr. 7 Bis # 2 E 24 del barrio *Alfonso López,* y en la Cr. 4 Bis # 35 B 19 del barrio *Cañarte,* en las que residían unos parientes de la menor ofendida. A dichos inmuebles inicialmente acudió el Acusado con el propósito de llevar a cabo unas labores de albañilería y unas mejoras locativas, lo que implicó que se ganara la confianza de sus habitantes, razón por la que se volvió visitante asiduo.

De igual manera, del contenido del escrito de acusación se extracta que durante el periodo en el que el Sr. AZR llevó a cabo las aludidas labores de albañilería, se ganó la confianza de la infante “*M.B.P.”* lo que le permitió practicar sobre Ella, en diferentes oportunidades, una serie de actos lúbricos y lujuriosos tales como: manosearla y besuquearla en sus partes pudendas, persuadirla para que le practicara felaciones o que se dejara ejercer sobre Ella *cunnilingus*.

Los anteriores hechos fueron ventilados a la luz pública el 5 de enero de 2.013, luego que la menor sostuviera una charla con su madre, MARÍA PINEDA GUTIÉRREZ, quien en ese entonces estaba ilustrando y alertando a sus hijos sobre las medidas de autoprotección a las que deberían asumir en casos de abuso sexual, y ahí fue cuando la infante entró en llanto y le contó a su madre lo que le había sucedido con el lujurioso albañil. Lo que a su vez incidió para que la Sra. MARÍA PINEDA GUTIÉRREZ procediera a impetrar la correspondiente denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, la cual, a su vez, después de adelantar las pesquisas del caso, solicitó ante el Juzgado 2º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, que para efectos de vinculación al proceso se librara una orden de captura en contra del sátiro, la que posteriormente se hizo efectiva el 26 de febrero de 2.014.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 27 de febrero de 2.014 ante el Juzgado 1º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las cuales se le imprimió legalidad a la captura del entonces indiciado AZR, a quien le fueron enrostrados cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso con los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, y posteriormente se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. Luego que se presentara el libelo de acusación, el conocimiento del proceso le correspondió al Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual el 9 de mayo de 2.014 se realizó la audiencia de formulación de la acusación en la que la Fiscalía le endilgó cargos al Procesado AZR como presunto autor material de los reatos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, en concurso homogéneo sucesivo, perpetrados en concurso con los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, cometidos estos últimos también en concurso homogéneo sucesivo.
3. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 25 de julio de 2.014, mientras que la audiencia de juicio oral se llevó a cabo en vistas celebradas los días 17 y 18 de septiembre de esa anualidad. Después de anunciado el sentido del fallo, el que resultó ser de carácter condenatorio, el 16 de enero de 2.015 se profirió la correspondiente sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**LA PROVIDENCIA CONFUTADA:**

Se trata de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del dieciséis (16) de enero de 2.015, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado AZR, por incurrir en la comisión de los reatos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso con los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad criminal, el procesado AZR fue condenado a purgar una pena principal de 297 meses de prisión. De igual manera, al declarado penalmente responsable, por no cumplirse con los requisitos legales, no se le reconoció el disfrute de subrogados ni de sustitutos penales.

Las razones, tanto de hecho como de derecho, que sirvieron de fundamento para que en el fallo de primer nivel se declarara la responsabilidad criminal del acusado AZR, se basaron en aseverar que de las pruebas allegadas al proceso se cumplían a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para que contra del acusado se pudiera proferir una sentencia condenatoria, por lo siguiente:

* Se le debía conceder total y absoluta credibilidad al testimonio de la menor agraviada en lo que tenía que ver con los señalamientos efectuados en contra del acusado como la persona que la sometió a una serie de abusos y vejámenes de tipo erótico-sexual.

Tal credibilidad que se le debía otorgar al testimonio de la agraviada es una consecuencia de la especial confiabilidad que ameritan los testimonios absueltos por las víctima de los delitos sexuales, aunado a que se está en presencia de un relato espontaneo, en el que se hace alusión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que acaecieron los hechos, sin que se avizore por parte de la testigo contradicciones ni ningún tipo de animadversión o deseo de pretender causarle daño al Procesado. Además, la testigo, frente a lo acontecido, siempre ha sido coherente en los diferentes relatos que ha absuelto ante distintas entidades.

* Los dichos de la menor obtienen eco en las atestaciones absueltas por las Sras. MÓNICA PINEDA GUTIÉRREZ y BERENICE POLANCO DE GUTIÉRREZ, de las cuales se extracta que en efecto el acusado estuvo realizando labores de albañilería en los inmuebles habitados por Ellas y la forma como le cogieron confianza. Además, según el testimonio de la madre de la afectada, MÓNICA PINEDA, se tiene que como consecuencia de lo acontecido, la niña se encuentra afectada puesto que padece de pesadillas y ha tenido pensamientos de muerte.
* El psicólogo forense, JAIRO ROBLEDO, en su testimonio adujo que cuando valoró a la menor, pudo percibir que su relato debía ser catalogado como lógico y coherente, debido a que el mismo se mantiene a través del tiempo. Además, pudo observar que la niña estaba afectada por los hechos de los cuales fue víctima.
* Con el testimonio rendido por el Sr. CARLOS ARTURO GARCÍA, quien adujo ser compañero de labores del Procesado, pese a que se pretendió demostrar que cuando ambos trabajaron juntos realizando unas labores de construcción y unas mejoras locativas en los inmuebles de los familiares de la ofendida, en momento alguna la menor estuvo sola, pues siempre habían por esos lares parientes de Ella, de igual manera el testigo admitió que AZR hizo otras labores en esos inmuebles sin su colaboración.

**LA ALZADA:**

Las inconformidades expresadas por el apelante en contra de lo resuelto y decidido en el fallo confutado, están relacionadas en aseverar que en el proceso no se satisfacían los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para que en contra del acusado se pudiera proferir un fallo de condena, y más por el contrario, en sentir del apelante, ante la existencia de múltiples dudas, estas debieron haber sido capitalizadas en favor del Procesado AZR, acorde con el principio del *in dubio pro reo.*

Es de destacar que la discrepancia del recurrente se cimentó en dos pilares, los cuales tienen que ver con: a) Denunciar una supuesta violación del derecho a la defensa que le asiste al Procesado como consecuencia de la indeterminación en la que se incurrió en el escrito de acusación en lo que tenía que ver con la fecha en la cual acaecieron los hechos jurídicamente relevantes; b) Formular una serie de críticas en lo que atañe con la apreciación del testimonio absuelto por la menor “*M.B.P.”* y el grado de credibilidad que a sus dichos le fue concedido en el fallo opugnado.

En lo que corresponde con la primera de las tesis de la discrepancias propuestas por la Defensa, se tiene que el recurrente adujo que en el presente asunto al Procesado AZR se le vulneró el derecho a la defensa como consecuencia de la indeterminación cronológica en la que se incurrió en el libelo acusatorio respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se dice cómo sucedieron los hechos, lo que le generó muchas limitantes a la Defensa para poder ejercer válidamente el derecho a la defensa y contradicción, porque de conocer las fechas en las cuales acaecieron los eventos lujuriosos, de lo cual no se sabe nada, tal falencia incidió para que Ellos no pudieran proponer cualquier tipo de coartada, relacionada con la presencia del Procesado en un sitio o lugar diferente de aquel en donde tuvieron ocurrencia los hechos lujuriosos que se le endilgan en su contra.

En lo que corresponde con la 2ª tesis de la inconformidad expresada por el recurrente, vemos que expuso que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del acusado se edificó con base en el testimonio único rendido por la víctima, cuyos dichos no ameritaban credibilidad por lo siguiente:

* La narración de la menor agraviada no ha sido la misma en cada uno de los relatos que ha vertido, y más por el contrario afloraban muchas inconsistencias y contradicciones. Así se tiene que ante el ICBF y el psicólogo forense, adujo que los hechos pasaron en dos ocasiones, mientras que en el juicio expresó que tales acontecimientos sucedieron unas cinco o seis veces. Además, se debe tener en cuenta que la menor expuso que los tocamientos en los genitales fueron por encima de sus prendas de vestir, lo cual torna en un sinsentido lo dicho por Ella respecto a que el acusado le chupaba y besuqueaba la vagina, o en su defecto le introducía los dedos en la vulva.
* Existían razones para dudar de la credibilidad de lo dicho por la menor agraviada, porque si cuando ocurrían los hechos nunca estuvo a solas con el acusado, ya que siempre había personas por ese sector o por los alrededores, era obvio que tuvo la oportunidad, y no lo hizo, de pedir auxilio o ayuda las veces en las que supuestamente era manoseada por el Procesado. Además, es raro que la ofendida haya decidido contar lo acontecido después de casi más de dos años de haber tenido ocurrencia los abusos.
* Los dichos de la menor respecto a que el Procesado le metía los dedos en la vagina y en el ano, fueron desvirtuados por el testimonio del médico forense, quien expuso que la agraviada no presentaba lesiones extragenitales de origen traumático y que tenía el himen integro.
* No era factible que los hechos pudieran haber ocurrido a eso de las 17:00 horas, debido a que en la actuación existen pruebas que demuestran que la menor agraviada estudiaba en la jornada de la tarde y que arribaba a su casa como a las 18:00 horas; a lo cual se le debe adicionar que para ese entonces el Procesado había finalizado su jornada laboral, la que concluía a eso de las 16:00 horas, ya que a las 17:00 horas tenía por costumbre asistir a la iglesia.
* Un relato contradictorio e inconsistente, no puede ser considerado como lógico y coherente, como de manera errada lo aseveró el perito psicólogo, quien además admitió que una narración mendaz también puede ser lógica y coherente, razón por la que ello no puede ser sinónimo de verdad.
* En el fallo se ignoraron las pruebas que demostraban las patologías de salud que padecía la menor ofendida, quien era aquejada por severos problemas respiratorios, lo que a su vez tornaba en incompatible que Ella pudiera estar en un inmueble en el cual se llevaban a cabo labores de construcción tales como: cambiar pisos, pintar paredes, etc.. puesto que estaría expuesta a padecer un ataque de asma.
* No se apreció en su debida dimensión las pruebas allegadas por la Defensa, con las cuales se demostró que el Procesado es una persona seria, responsable, respetuosa, humilde y honrada, con sumos valores éticos y morales, quien en el desempeño de sus labores ha estado en contacto con menores de edad sin que surgieran en su contra quejas por irrespetos o abusos.

Con base en los anteriores argumentos, el apelante solicitó la revocatoria del fallo confutado para que en su lugar se absuelva al Procesado AZR de los cargos por los cuales fue declarado penalmente responsable.

**LA RÉPLICA:**

Durante el término del traslado para fungir como no recurrente, el Fiscal Delegado presentó sus correspondientes alegatos de conclusión, en los cuales se opuso a las pretensiones del apelante y en consecuencia clamó por la confirmación del fallo confutado.

En sus argumentos el no recurrente expuso lo siguiente:

* No podía ser de recibos los reparos formulados por el apelante frente a la supuesta indeterminación de los hechos jurídicamente relevantes, porque en la actuación estaba plenamente demostrado que los hechos tuvieron ocurrencia en repetidas ocasiones durante un lapso comprendido entre los años 2.011 y 2.012, periodo durante el cual el Procesado estuvo realizando unas labores de construcción y de albañilería en unos inmuebles habitados por varios de los parientes de la víctima.
* No es cierto que el fallo de condena se haya sustentado exclusivamente en el testimonio de la menor, puesto que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del acusado fue producto de una apreciación en conjunto de todo el acervo probatorio, con lo cual se desvirtuó la presunción de inocencia que le asistía al encausado.
* El fallo nunca jamás se sustentó en prueba de oídas, ya que la madre de la menor expresó sobre las circunstancias que incidieron para que la niña develara lo acontecido, y cuál era el estado de ánimo que la niña tenía en ese momento. De igual manera con las pruebas allegadas al proceso, se corroboró que el acusado era asiduo visitante de la familia de la víctima; mientras que con el testimonio del psicólogo forense se demostró que el relato de la agraviada era lógico y coherente.
* No son válidos los reparos que el apelante ha formulado para cuestionar la credibilidad del testimonio de la víctima, lo cual desconoce que Ella ofreció un relato consistente respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos, los que acaecieron en diferentes ocasiones y en lugares distintos.
* Son falaces los argumentos invocados por el apelante respecto a que el Procesado no pudo cometer el delito ante la presencia de otras personas en el teatro de los acontecimientos, lo cual desconoce que el acusado perpetraba esos actos lujuriosos de manera furtiva al sacar ventaja de ciertos lugares en los cuales era difícil que lo sorprendieran, tales como baños, armarios, etc...

**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 con categoría de Circuito que hace parte de 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 sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte del recurrente, considera la Sala que de los mismos se desprende como problema jurídico principal, el siguiente:

¿Se incurrieron en errores al momento de la apreciación del acervo probatorio, que incidieron para que no se tuviera en cuenta que con las pruebas aducidas al proceso, en especial con lo atestado por la menor agraviada, no se satisfacían con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado AZR, quien en consecuencia debió ser absuelto acorde con los postulados del *in dubio pro reo*?

De igual manera, la Sala como problema jurídico coyuntural, percibe el siguiente:

¿Se le vulneraron al Procesado AZR los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho a la defensa, como consecuencia de lo indeterminado e impreciso de los hechos jurídicamente relevantes que le fueron endilgados al encausado en el libelo acusatorio?

**– Solución:**

**1) La causal de nulidad procesal por violación del derecho a la defensa.**

El apelante en una de las tesis que expuso para expresar su inconformidad con lo resuelto y decidido en el fallo confutado, dejo entrever que la actuación procesal se encontraba viciada de nulidad porque supuestamente al Procesado AZR se le conculcó el derecho de defensa como consecuencia de la imprecisión e indeterminación cronológica en la que se incurrió en el libelo acusatorio en lo que tenía que ver con los hechos jurídicamente relevantes.

A fin de verificar si en el presente asunto tuvo ocurrencia la causal de nulidad procesal denunciada por el apelante, como punto de partida la Colegiatura procederá a llevar a cabo un análisis tendiente a determinar cómo puede afectar, al momento de proferir la sentencia, tanto para la teoría del caso propuesta por la Fiscalía como a la situación jurídica del acusado, la indeterminación o la no acreditación de los hechos jurídicamente relevantes consignados en la acusación.

Para lo cual se debe tener en cuenta que acorde con los postulados que orientan los principios de la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, consagrados en el artículo 29 de la Carta y el artículo 7º C.P.P. se tiene que la carga de la prueba para demostrar la ocurrencia de los hechos jurídicamente relevantes consignados en la acusación le corresponde es la Fiscalía, quien como consecuencia de ese *omnus probandi* adquiere la obligación de demostrar, más allá de toda duda razonable, cada uno de los elementos que integran los hechos jurídicamente relevantes, los cuales serían los siguientes:

* La transformación o modificación del mundo fenomenológico externo, como consecuencia de una acción o de una omisión, o un comportamiento afín llevado a cabo por un ser humano.
* La data o fecha en la cual tuvieron ocurrencia los cambios o las modificaciones que externamente acaecieron en el mundo fenomenológico.

Es de anotar que frente al primero de los elementos que integran los hechos jurídicamente relevantes, la Fiscalía tiene la obligación de demostrar su ocurrencia de manera plena, clara y con absoluta precisión, con cualquier medio probatorio licito; mientras que en lo que atañe con el segundo, el deber probatorio que le asiste al Ente Acusador es relativo, ya que en muchas ocasiones quedaría satisfecho ese elemento con solo demostrar de manera plausible que los hechos pudieron haber ocurrido en un periodo determinado o en una fecha probable o factible.

En el caso en estudio, la Sala considera que la Fiscalía si cumplió con la obligación que le asistía de demostrar que los hechos tuvieron ocurrencia dentro de un periodo determinable y especificable, del cual estaba enterado la Defensa y con base en ese conocimiento podía estructurar las estrategias defensivas que en su leal saber y entender consideraba como pertinentes para rebatir la acusación.

Para demostrar la anterior afirmación, vemos que si bien es cierto que en el escrito de acusación se dijo que los hechos jurídicamente relevantes tuvieron ocurrencia en varias ocasiones en un periodo comprendido entre los años 2.011 al 2.012. De igual manera se debe tener en cuenta que en el libelo acusatorio también se adujo que durante ese periplo el procesado AZR estuvo adelantando unas labores de construcción y de albañilería en unos inmuebles ubicados respectivamente, en la Cr. 7 Bis # 2 E 24 del barrio *Alfonso López*, y en la Cr. 4 Bis # 35 B 19 del barrio *Cañarte*, en las que residían unos parientes de la menor ofendida.

De igual manera, no se puede ignorar que con los elementos materiales probatorios que le fueron descubiertos por la Fiscalía a la Defensa, se avizoraba la fecha probable en la que ocurrieron los hechos, como bien se desprende del contenido de los informes periciales de los dictámenes sexológicos y psicológicos que le fueron practicados a la menor ofendida por parte de peritos adscritos al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Lo cual a su vez obtenía eco con el testimonio absuelto por la Sra. MÓNICA PINEDA GUTIÉRREZ, el cual también le fue descubierto en su debida oportunidad a la Defensa, del que se desprende que el Procesado AZR estuvo adelantando las aludidas labores de construcción en una segunda planta del inmueble ubicado en el barrio *Alfonso López* entre finales del año 2.010 hasta finales del año 2.012.

A lo anterior se hace necesario adicionarle que desde los albores del juicio la Defensa admitió y aceptó como hecho cierto e indiscutible el consistente en que en efecto el Procesado AZR sí estuvo adelantando las aludidas labores de albañilería y de construcción en los ya enunciados inmuebles, tanto es así que llevó al juicio como testigo al Sr. CARLOS ARTURO GARCÍA ZABALETA, quien adveró que se desempeñó como ayudante de obra del Procesado, y por ello estuvieron laborando juntos en algunas mejoras locativas efectuadas en los ya aludidos inmuebles.

Siendo así las cosas, la Sala concluye que en el presente asunto no tuvo ocurrencia la mácula denunciada por la Defensa como causal de nulidad, y por ende no se le conculcó el derecho a la defensa, debido a que desde un principio dicho sujeto procesal sabia o tenía conocimiento, o en su defecto tuvo la posibilidad de saberlo, que los hechos jurídicamente relevantes acaecieron en un periodo determinable y factible que vendría siendo el comprendido entre finales de los años 2.010-2.012, periplo durante el cual el Procesado trabajó en unos inmuebles habitados por parientes de la víctima, en los que llevó a cabo una serie de labores de construcción y de albañilería.

Por otra parte, la Sala considera que la petición de nulidad procesal impetrada por la Defensa ha sido deprecada de manera tardía y por fuera de la fase procesal destinada para tales fines como lo es la audiencia de formulación de acusación, la que, como bien se desprende del contenido del inciso 1º del artículo 339 C.P.P. consagra un espacio para el saneamiento del proceso, durante el cual las partes pueden expresar las irregularidades que en su sentir puedan haber viciado de nulidad el proceso.

En el caso *subexamine* se tiene que la audiencia de formulación de la acusación tuvo lugar el 9 de mayo de 2.014, vista durante la cual la Defensa en ningún momento impetró petición alguna relacionada con procurar la nulidad del proceso, ni le propuso observaciones o reparos al libelo de acusación para que la Fiscalía, frente a los hechos jurídicamente relevantes, procediera a hacer las precisiones y aclaraciones del caso.

En suma, la Sala es de la opinión que en el remotísimo de los eventos en los que posiblemente le asista la razón a la tesis propuesta por el apelante, de todos modos no sería procedente la declaratoria de la nulidad, debido a que la implícita petición de nulidad por la supuesta violación del derecho de defensa, ha sido formulada por fuera de las etapas procesales establecidas para tal fin, lo que en ultimas constituiría una vulneración del principio de la preclusión de instancias, el cual nos enseña:

“Se entiende por tal *(sic)* división del proceso en una serie de momentos o periodos fundamentales, que algunos han calificado de compartimientos estancos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes y del juez de manera que determinados actos procesales deben corresponder a determinado periodo, fuera del cual no pueden ser ejercitados y si se ejecutan no tiene validez. Es una limitación que puede ser perjudicial para la parte que por cualquier motivo deja de ejercitar oportunamente un acto de importancia para la suerte del litigio….”[[1]](#footnote-1).

**2) Los errores de apreciación probatoria.**

**2.1.) El valor probatorio dado al testimonio de la víctima.**

Mediante el presente cargo el apelante descalificó la valoración del poder suasorio que en el fallo de primer nivel se le concedió al testimonio rendido por la menor “*M.B.P.”* al aseverar que se estaba en presencia de un testimonio poco convincente como consecuencia de las contradicciones e inconsistencias en las cuales incurrió en sus relatos, a lo que se le debía aunar que en momento alguno sus dichos encontraban corroboración o respaldo en el resto de las pruebas allegadas al proceso.

Frente a lo anterior, la Colegiatura dirá que no le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante para cuestionar el poder de convicción que en el fallo confutado se le concedió al testimonio absuelto por la menor “M.B.P.” en su calidad de víctima de las conductas punibles enrostradas al procesado AZR.

Para poder llegar a la anterior conclusión se hace necesario tener en cuenta lo siguiente:

* Un análisis del contenido del testimonio absuelto por la menor agraviada, se desprende que estamos en presencia de una narración hilvanada y coherente, en la cual la víctima en su relato expuso de manera plausible las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de cómo ocurrieron los diferentes abusos sexuales a los cuales fue sometida por parte del hoy Procesado, los que acaecieron durante el periodo en el que el acusado estuvo adelantado unas labores de construcción y albañilería tanto en el inmueble habitado por ella como en otro en donde residía su abuela[[2]](#footnote-2).
* No es cierto que la menor ofendida, respecto de lo acontecido, no haya sido coherente en los diferentes relatos que absolvió ante las diferentes Entidades a las cuales compareció de manera previa, porque si comparamos lo que atestó en el juicio con lo que en el pasado había declarado ante el médico forenses y el psicólogo forense[[3]](#footnote-3), de bulto se observa que pese a unas pequeñas variables se conserva el núcleo central de su relato, el cual siempre fue el mismo: los diferentes atropellos sexuales que fueron perpetrados por el sátiro durante el periodo en el que este último estuvo adelantado unas labores de construcción en el inmueble en donde la agraviada residía con su familia.

Tal coherencia habida entre los diferentes relatos absueltos por la menor agraviada, estructuran lo que la doctrina ha denominado como *“indicio de perseverancia”*, el cual se presenta cuando el declarante, en aquellos eventos en los cuales ha rendido diferentes declaraciones, ha mantenido en firme su imputación.

* Al no existir prueba alguna que demuestre todo lo contrario, se pueden considerar que son producto de simples y meras especulaciones todos los cuestionamientos que la Defensa ha efectuado en contra de lo atestado por el perito JAIRO ROBLEDO VÉLEZ, quien adujo que después de examinar a la menor, llegó a la conclusión consistente en que su relato debía ser considerado como lógico y coherente porque, según su opinión experta:

“Lógico porque la niña no tiene alteraciones en el funcionamiento psíquico, porque se sabe que hay unos tiempos y unos espacios que existieron, porque se señala a una persona especifica con la cual se podía tener contacto, y la coherencia porque los diferentes relatos de la niña, tanto a los que da la mama a Bienestar, al médico legista y al suscrito, en términos generales lo que la niña dice se mantiene en su esencia sin cambios que se puedan observar relevantes, si no que esa versión se mantiene, eso es lo que permite la lógica y coherencia…..”.

* Es falso que el testimonio de la menor haya sido refutado por los hallazgos encontrados en su humanidad durante el examen sexológico que practicó el médico forense JORGE FEDERICO GARTNER, ya que si bien es cierto que dicho perito adujo que no encontró nada anormal en la revisión que hizo de los genitales de la víctima, los cuales no presentaban lesiones extragenitales de origen traumático. De igual manera la Sala no puede desconocer que si ese examen se realizó el 8 de enero de 2013 y los hechos databan del año 2.012, era obvio que en la humanidad de la víctima, como consecuencia del devenir del tiempo, no se le encontrara ningún tipo de hallazgos o evidencias físicas.

De igual manera, pese a que la víctima dijo que el Procesado le introducía los dedos en la vagina, lo cual se tornaba en incompatible con los hallazgos encontrados por el médico forense relacionados en que Ella tenía el himen integro, ya que es de esperarse que la desvirgación sea la consecuencia directa de la introducción de un elemento erecto en el canal vaginal, como lo serían unos dedos, es de anotar que frente a dicha supuesta incompatibilidad que podría dar pie, como la adujo la Defensa, para considerar que la ofendida estaba mintiendo, el perito JORGE FEDERICO GARTNER ofreció una explicación que a la Sala le parece razonable y plausible, puesto que al parecer todo pudo ser producto de una percepción errada de la víctima frente a lo que en verdad estaba aconteciendo, como bien lo adujo el perito de la siguiente manera:

“Si, a mí la menor me narró que ella había tenido esa percepción que le había introducido el dedo por la vagina, no por el ano sino por la vagina, es una percepción de la menor y si hubiera ocurrido hubiera encontrado desgarros en el himen, lo más posible es que sí, antiguos en ese caso porque no serían recientes…”.

* Pese a ser cierto lo dicho por el apelante respecto a que en el proceso, salvo lo atestado por la víctima, no existen pruebas directas sobre la ocurrencia de los abusos y atropellos erótico-sexuales a los que fue sometida la agraviada por parte del encausado. De igual manera se debe tener en cuenta que ese tipo de falencias en la gran mayoría de los casos se presentan en los delitos sexuales, los cuales se cometen en un escenario de subrepticia intimidad, razón por la cual, por tales características, han sido denominados por la criminología como «*delitos de alcoba»*, porque el perpetrador, para saciar su libido con ventaja y sobreseguro, y bajo el cobijo de un relativo manto de impunidad, alevosamente saca provecho ya sea de la ausencia de miradas indiscretas o de la intimidad en la que se desarrollan esos eventos lujuriosos.

Lo cual aconteció en el caso en estudio, si nos atenemos a los dichos de la víctima, quien adujo que el sátiro hacía de las suyas con Ella en ciertos lugares de relativa intimidad, tales como la pieza de los abuelos, los baños o armarios, en los cuales impunemente podía manosearla, besuquearle y toquetearla, con la relativa seguridad de no ser sorprendido con *“las manos en la masa”.*

* Los dichos de la menor no se encuentran huérfanos en el proceso, porque en la actuación se allegaron pruebas, tales como los testimonios rendidos por los Sres. CARLOS ARTURO GARCÍA ZABALETA y BERENICE POLANCO DE GUTIÉRREZ; MÓNICA PINEDA GUTIÉRREZ, con los que se demuestra que el Procesado y la ofendida, durante un largo lapso, estuvieron presentes en un mismo lugar, siendo ese sitio los inmuebles en los cuales el acusado fue contratado para llevar a cabo unas labores de albañilería y de construcción.

Por lo tanto, las pruebas que demuestran esa interacción habida entre el Procesado y la ofendida como consecuencia de compartir el mismo espacio, serán apreciadas por la Colegiatura como hechos indicadores del indicio de la *oportunidad para delinquir*, el cual se presenta en aquellos eventos en los que el sujeto agente se encuentra en unas circunstancias o condiciones especiales que le hacen posible o le facilitan la comisión de un hecho delictivo; como bien aconteció en el caso *subexamine*, en donde la aludida relación de proximidad habida entre víctima y victimario, pudo facilitar para que este último pudiera perpetrar los atropellos y abusos sexuales endilgados en su contra.

Respecto del aludido indicio de la oportunidad para delinquir, bien vale tener en cuenta que la doctrina ha expuesto lo siguiente:

“Entiéndase por ésta la condición especial que tiene el acusado quien se encontraba, ya por sus cualidades personales, ya por sus relaciones con las cosas, y merced a la cual resulta para él más o menos fácil la perpetración del delito.

(…)

La oportunidad para delinquir refiérase, según se ha dicho, ya a las cualidades personales del acusado, ya a las relaciones en que este se encontraba con las cosas, toda vez que las acciones criminales, como todas las demás acciones, se verifican con ciertos medios. Estos medios son inteligencia, la fuerza, la pericia, el conocimiento, el uso de cosas o de obras ajenas, resultando claro que algunos de estos medios son propios del acusado y otros no…..”[[4]](#footnote-4).

* Es cierto que podría generar muchas suspicacias el hecho consistente en que los aconteceres lujuriosos solo fueron ventilados después que transcurrió un tiempo considerable de su ocurrencia. Pero de igual manera, no se puede desconocer que las pruebas habida en el proceso nos enseñan que tal exposición a la luz pública se debió a que la víctima, como consecuencia de la conversación que sostuvo con su madre, se le corrieron las vendas del engaño al cual fue sometida por el procesado cuando lo manoseaba y la sometía a felaciones, quien le había dado a entender que no estaban haciendo nada indebido o inmoral, como bien lo expresó así la ofendida:

“Me decía que eso no era nada malo porque era amor, que no le fuera a contar a mis papas….”.

Por lo tanto, para la Colegiatura no existe duda alguna que la conversación que la agraviada sostuvo con su madre, MÓNICA PINEDA GUTIÉRREZ, se constituyó en una especie de catalizador que le hizo tomar consciencia de que lo que le hacia el Procesado no era correcto.

Siendo entonces el antes aludido yerro, en el cual la víctima se encontraban hasta ese entonces, la razón por la cual transcurrió tanto tiempo sin que no dijera nada de lo que le sucedió con el lujurioso albañil.

Lo dicho hasta ahora es suficiente para que la Sala concluya que no pueden ser de recibo los reproches formulados por el apelante para cuestionar la credibilidad que en el fallo confutado se le otorgó al testimonio rendido por la menor “M.B.P.” en su calidad de víctima de los delitos endilgados en contra del procesado AZR.

**2.2.) La incorrecta apreciación de las pruebas testimoniales de descargos.**

Adujo el apelante que en el fallo de primer no se apreció en debida forma los testimonios absueltos por los Sres. CARLOS ARTURO ZABALETA; FRANCY LORENA SÁNCHEZ; LUZ MARINA SANTA y JOSÉ JAIRO LUGO, con los cuales, en sentir del recurrente, se demostró que el Procesado es una persona que no pudo cometer los delitos por los cuales fue llamado a juicio y posteriormente declarado penalmente responsable.

Al analizar lo atestado por los aludidos testigos, salvo lo dicho por CARLOS ARTURO ZABALETA, la Sala llega a la conclusión consistente en que se está en presencia de testigos que no le aportaron nada útil al proceso, puesto que a Ellos no les constaba ni sabían nada de lo acontecido, siendo lo único que hicieron fue declarar sobre aspectos relacionados con la conducta y el buen comportamiento del procesado, lo que en momento alguno le hizo mella a la teoría del caso de la Fiscalía.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con el testimonio de CARLOS ARTURO ZABALETA, vemos que ese testigo se desempeñó como ayudante de obras del Procesado en las labores de albañilería que efectuó en los inmuebles habitados por la ofendida y sus parientes. De igual manera con el testigo de marras se pretendió demostrar que el Procesado no tuvo la ocasión ni el momento para poder perpetrar los delitos endilgados en su contra, debido a la presencia de personas en el sitio de los hechos, quienes siempre acompañaban a la víctima. Pero asimismo no se puede desconocer que el testigo de marras también admitió que en algunas ocasiones, por problemas presupuestales, no estuvo acompañando al Procesado, quien en consecuencia le tocó laborar solo.

Lo antes expuesto, nos quiere decir que con el testimonio absuelto por CARLOS ARTURO ZABALETA en momento alguno se desvirtuaban o ponían en tela de juicio los señalamientos que la ofendida efectuó en contra del Procesado como la persona que abusó sexualmente de Ella, porque esos abusos y arbitrariedades bien pudieron tener ocurrencia durante los periodos en los cuales el Testigo de marras no estuvo acompañando laboralmente al encausado.

**- Apuntes de colofón.**

A modo de colofón, la Sala considera que en el presente asunto tuvo ocurrencia una transgresión del principio de legalidad en lo que tiene que ver con la tasación de las penas, lo que de una u otra forma repercutió de manera negativa en contra de la situación punitiva del Procesado. Dicho yerro tuvo lugar a partir de la tasación de la pena de los delitos concursantes, o sea los reatos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, si se tiene en cuenta que para su dosificación el Juzgado de primer nivel partió de la pena mínima: 108, a la cual le incrementó la mitad: 54 meses, por tratarse de un concurso homogéneo sucesivo, para de esa forma arrojar una pena de 162 meses de prisión, la que excedería la pena máxima de 152 meses con la que es sancionado el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, pena esta que acorde con lo reglado en el artículo 31 C.P. a fin de evitar la sumatoria aritmética, se erigiría en el límite máximo a tener en cuenta al momento de dosificar las penas en el escenario del concurso de conductas punibles.

Siendo así las cosas, siguiendo los derroteros del fallo de primer nivel, las penas por los delitos acompañantes, o sea los de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, debían corresponder a 152 meses de prisión.

Por lo que al dosificar las penas efectivas a imponer, acorde con las pautas consagradas en la sentencia opugnada, se tomara como pena base la tasada para los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años: 216 meses, la cual se incrementara en 78 meses de prisión que correspondería a la mitad de la pena tasada para los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, para de esa forma arrojar una pena efectiva a imponer de 294 meses de prisión, que sería lo mismo que 24 años y 6 meses de prisión.

**- Conclusiones:**

Acorde con lo dicho a lo largo y ancho del presente proveído, la Sala válidamente puede llegar a las siguientes conclusiones:

* En momento alguno el proceso se encuentra viciado de nulidad porque supuestamente al acriminado se le vulneró el derecho a la defensa como consecuencia de la indeterminación que en el escrito de acusación se hizo los hechos jurídicamente relevantes, porque desde un principio la Defensa, con los medios de conocimiento que le fueron descubiertos por la Fiscalía, podía avizorar de manera plausible la fecha probable o factible en la cual tuvieron ocurrencia los eventos lujuriosos endilgados en contra del Procesado.
* No exista razón válida alguna para dudar de la credibilidad de las atestaciones de la menor “*M.B.P.”*, debido a que sus dichos, de una u otra forma, obtenían corroboración en las diferentes pruebas aducidas al proceso.
* La mayoría de los testigos allegados por la Defensa no le aportaron nada útil al proceso. Mientras que el Testimonio absuelto por CARLOS ARTURO ZABALETA carecía de la relevancia necesaria para poder desvirtuar los señalamientos que la víctima efectuó en contra del Procesado.
* Fue errado el monto de las penas principales impuestas al Procesado, las cuales no debieron corresponder a 297 meses de prisión, sino a 294 meses de prisión.

Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión que el Juzgado de primer nivel no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el apelante, razón por la cual el proveído confutado debe ser confirmado en todo aquello que fue objeto de apelación, pero con la salvedad consistente que se modificara en lo que atañe con la pena principal impuesta al Procesado, la cual corresponderá a 294 meses de prisión.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del dieciséis (16) de enero de 2.015, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado AZR, por incurrir en la comisión de los reatos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso con los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el monto de la pena principal impuesta en la sentencia confutada al Procesado AZR, la cual corresponderá a 294 meses de prisión, que sería lo mismo que 24 años y 6 meses de prisión.

**TERCERO:** Declarar que contra de la presente sentencia de 2ª instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: Teoría General del Proceso. Página # 43. Reimpresión de la 5ª Edición. Editorial Temis. 2.015. [↑](#footnote-ref-1)
2. Respecto a este parentesco, la Sala se refiere es a la Sra. BERENICE POLANCO DE GUTIÉRREZ, quien en verdad fungía era como bisabuela de la menor “M.B.P.” [↑](#footnote-ref-2)
3. La Sala solamente hace mención de esos dos *EMP,* debido a que son las únicas declaraciones extraprocesales absueltas por la victima que fueron allegadas válidamente al proceso. [↑](#footnote-ref-3)
4. GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO LUIS: La prueba en el sistema penal acusatorio. Página # 931. 1ª Edición. 2.011. Leyer Editores. [↑](#footnote-ref-4)