

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



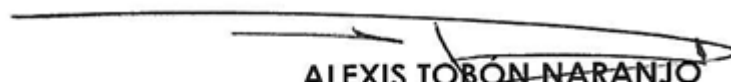
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 209

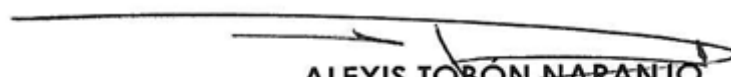
La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2021-1400-1	auto ley 906	Homicidio agravado	ADRIANA PATRICIA FONNEGRA CASTRILLÓN Y OTROS	acepta impedimento y asume ponencia	Noviembre 26 de 2021
2021-1029-2	AUTO LEY 906	Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego	JHONNY DE JESÚS JIMÉNEZ CARTAGENA	Confirma auto de 1 instancia	Noviembre 25 de 2021
2021-0138-2	Sentencia 2ª instancia	acceso carnal abusivo con menor de 14 años	GILDARDO ALBERTO E IVÁN DARÍO ARIAS	Modifica sentencia de 1° instancia	Noviembre 25 de 2021

FIJADO, HOY 29 DE NOVIEMBRE DE 2021, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 163

RADICADO : 2021 - 1400 - 6
PROCESADOS : ADRIANA PATRICIA FONNEGRA CASTRILLÓN Y OTROS
DELITO : Homicidio Agravado Y Desaparición Forzosa
ASUNTO : APELACIÓN CONTRA SENTENCIA
DECISIÓN: ACEPTA IMPEDIMENTO DE OTRO MAGISTRADO

VISTOS

Mediante esta providencia, la Sala decide sobre el impedimento expresado por el doctor GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME, quien invoca la causal prevista en el numeral 5º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, para apartarse del conocimiento de este caso.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

El doctor Gustavo Adolfo Pinzón Jácome, Magistrado de la Sala Penal de esta Corporación, manifiesta encontrarse impedido para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, toda vez que frente a uno de los sujetos procesales, el doctor WILLIAM FERREIRA PINZÓN, Fiscal 167 Especializado de Antioquia, desde tiempo atrás, existe una relación de amistad íntima, por cuanto fueron compañeros desde la universidad donde adelantaron sus estudios de derecho en la ciudad

de Bucaramanga y posteriormente entraron a trabajar en la misma entidad en la ciudad de Medellín, convirtiéndose desde dicho momento en su familia más cercana, pues es con quien ha compartido en esta última ciudad, relación que ha permanecido durante todo este tiempo, no solo con él, sino con su esposa e hijo.

La causal de impedimento indicada, se encuentra prevista en el numeral 5º del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

La manifestación de pérdida de ecuanimidad aducida por el Honorable Magistrado, versa sobre el hecho de tener una amistad íntima con el Fiscal que adelantó la causa en la etapa investigativa, hecho que no merece reparo ni controversia alguna, por ser la misma del fuero interno de quien la predica, razón más que suficiente para aceptar el impedimento manifestado y ordenar que el proceso continúe en el despacho de quien ahora provee como ponente y se completará la Sala con quien siga en turno, tal como lo consagra el artículo 58A del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004, artículo adicionado por el artículo 83 de la Ley 1395 de 2010).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, a través de los Magistrados revisores que conforman su Sala,

RESUELVE

Aceptar el impedimento manifestado por el doctor GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME, de conformidad con las consideraciones que anteceden y en consecuencia, se asume el conocimiento del presente asunto frente a la decisión tomada por el

Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Antioquia el 29 de junio de 2021, fecha en la cual se condenó a Karen Tatiana Osorio, Adriana Patricia Fonnegra y Luis Fernando Jiménez Amaya, fallo contra el cual fue interpuesto el recurso de apelación.

Se completará la Sala con el Magistrado que sigue en turno, tal como lo consagra el artículo 58A del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004, artículo adicionado por el artículo 83 de la Ley 1395 de 2010).

Se ordena que por Secretaría de la Sala se solicite a la oficina de reparto el abono del presente proceso a cargo del Despacho del Magistrado que funge como ponente en este auto.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

Firmado Por:

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Nancy Avila De Miranda

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**d26f3ed613805118c43825443a5a52b9471647dac8c94c0e2cea74
2c25990b40**

Documento generado en 25/11/2021 06:37:20 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M. P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

Rdo. Único: 05-679-60-00345-2020-00146

No. Tribunal: 2021-1029-2

Procesado: JHONNY DE JESÚS JIMÉNEZ CARTAGENA

Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

Asunto: Se confirma decisión de primera instancia

Medellín, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 106

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor JHONNY DE JESÚS JIMÉNEZ CARTAGENA contra la decisión adoptada en la Audiencia de lectura de fallo el día 30 de junio del año 2021 por el Juzgado Promiscuo del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santa Bárbara, Antioquia, en la cual se denegó la retractación del preacuerdo expuesta por la defensa, al no avizorar quebrantamiento a las garantías fundamentales que le asisten al señor Jiménez Cartagena.

¹ Refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente hasta su entrega en la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Para su lectura se requiere aplicación – descargar en Play Store-lector QR.

2. HECHOS

Fueron descritos por la Fiscalía en su escrito de acusación en los siguientes términos:

“se da inicio a esta investigación, mediante las actuaciones desarrolladas por la policía nacional quienes se encontraban en actividad de ejecución de puesto de control por parte del personal del cuadrante vial 16 sector Versalles de la seccional de tránsito y transporte de Antioquia, el día 24 de noviembre de 2020 y siendo aproximadamente las 11:15 horas a la altura del kilómetro 14+00 de la vía pintada – Medellín, ruta 2509, sector bellavista, zona rural del municipio de santa bárbara – Antioquia, le realizan la señal del pare al vehículo de placas USS 90D marca AKT, de servicio particular, se identifica como conductor el señor JHONNY DE JESUS JIMENEZ CARTAGENA, al momento de verificar mediante una requisita a sus pertenencias, estos es, a un morral que tenía en su poder, al interior del mismo se observaba una (01) bolsa negra donde se encuentran seis (06) cartuchos calibre 20, marca Indumil, posteriormente se procede a verificar el contenido del costal donde tenía legumbre (plátano y yuca) y se encuentra una (01) caja azul, la cual contiene en su interior treinta y seis (36) cartuchos calibre 16, marca Indumil - poster. Por lo que se retiene a esta persona y se deja a disposición de la autoridad competente.

Después de realizar la incautación de los elementos materiales probatorios, estos son enviados al laboratorio de balística SIJIN Deant, para que se determine el estado de conservación de la munición, La cual fue practicada por el técnico profesional en balística Patrullero CARLOS ALBERTO ECHEVERRI GIL, quien procede a examinar el estado de conservación de la munición y determina que realizadas las pruebas técnicas de disparo con los cartuchos utilizados, se establece que se encuentra en un buen estado de conservación, cumplido con las características físicas y técnicas de los componentes internos y externos como son vainilla, fulminante, carga de pólvora, y postas, y se determina

que son APTOS para el funcionamiento, aclarar que este tipo de munición es utilizada en armas de fuego tipo revolver compatible con su calibre ...”

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El día 25 de noviembre de 2020 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Bárbara, Antioquia se surtieron las correspondientes audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación, declinando la fiscalía de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

En dicha oportunidad se declaró la legalidad de la captura y se imputó a título de dolo el delito de **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE DE ARMA DE FUEGO ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES** descrito en el artículo 365 del C.P., frente a lo cual el procesado manifestó no aceptar los cargos, declarando así la legalidad de la imputación formulada por el ente persecutor.

El 14 de enero de 2021, se allegó por parte de la Fiscalía de encargo, escrito de acusación en contra de JHONNY DE JESÚS JIMÉNEZ CARTAGENA, documento en el cual se formuló la acusación correspondiente a la autoría material a título de dolo del delito de Fabricación, Tráfico, porte de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, sancionado en el artículo 365 del Código penal; la audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el día 2 de junio de 2021, no obstante, en la citada data la vista pública mutó en audiencia de verificación de preacuerdo, en la que el delegado Fiscal y el procesado acordaron que éste último aceptaba la responsabilidad penal por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones a cambio se degradaba su participación de autor a cómplice – artículo 30 del C.P.— fijando una pena definitiva de cincuenta y cuatro(54) meses de prisión como único beneficio. El citado preacuerdo fue aprobado por la Judicatura, dando ello paso a la audiencia que trata

el artículo 447 del C.P.P., fijándose la audiencia de lectura de fallo para el día 30 de junio de 2021. Llegado a esa fecha, previo a la lectura del fallo, el doctor JOSE IGNACIO MORENO OSPINA defensor de confianza del procesado, advierte que atendiendo lo dispuesto en el párrafo del artículo 293 del C.P.P. su mandante se retracta del preacuerdo presentado y aprobado por la Judicatura.

Arguye la defensa que, el informe de investigador de laboratorio FPJ13 del 11 de noviembre del 2020, suscrito por el patrullero CARLOS ALBERTO ECHEVERRI GIL, contiene imprecisiones en el estudio de la munición— página 2 de 6 del dictamen el patrullero—, pues si bien certifica que se trata de cartuchos para escopeta calibre 16 y calibre 20, en este caso escopeta para caza de fauna silvestre, al final en su informe dice que son cartuchos usados en revolver, siendo esto tal vez un error de formato y se le olvidó borrar revolver y cambiarlo por escopeta, porque un cartucho de estos es tan grande como el revolver, es decir, no hay manera de meterlos en un revolver.

Destaca además, que en el informe se indica que se gastaron 16 cartuchos, pero su prohijado le manifiesta que esos cartuchos tenían más de 10 años guardados, estaban húmedos y simplemente los estaba trasladando de un sitio a otro, para una finca donde iba a trabajar y quería llevarse sus cartuchos para poder cazar, reiterando que, la mayoría de los cartuchos estaban húmedos y eran inservibles, por ese motivo tuvieron que utilizar los 16 cartuchos para saber si eran aptos, situación que le preocupa, pues consta en el expediente que esos cartuchos ya no existen. Pese a ello, si en el informe hay un acta de incautación de esos cartuchos deben aparecer por que la defensa, solicitará nuevo estudio y va a llevar al despacho un experto en balística para poder demostrar que, por su bajo calibre de 16 y de 20, son cartuchos para escopetas de caza de animales silvestres, que no son letales para los seres humanos.

Advierte que, pese a que el error detectado en el informe, es gravísimo este no fue observado por la defensora de ese

momento, y da lugar a invalidación del consentimiento del imputado por que no se les están respetando sus derechos o garantías fundamentales al procesado, entre ellos a la inocencia, en vista de lo cual solicita se acepte la retratación que realiza como defensor del señor JHONNY DE JESUS GIMENEZ CARTAGENA. Como sustento de su solicitud acude a lo dispuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Rdo. 52901 SP-3329 de 2020, de la cual aduce resuelve un asunto similar.

Por su parte la **Delegada de la Fiscalía** se opone a la solicitud de la Defensa, al advertir que el preacuerdo presentado entre la fiscalía, el acusado y la defensa de ese entonces fue verificado por la juez, quien le explicó al señor Jhonny de Jesús Jiménez Cartagena las consecuencias de aceptar los cargos.

La defensa sustenta la solicitud de retractación del procesado, conforme los artículos 293 y el 457 del C.P.P., la sentencia de la doctora Patricia Salazar Cuellar radicado 52901 del 9 de septiembre del 2020 en la que se hace referencia a las causales de nulidad, y también hace referencia a un informe de investigador FPJ-13 del 11 de noviembre del 2020 suscrito por el perito en balística Carlos Alberto Echeverri Gil, el cual efectivamente tiene algunas equivocaciones, pues donde se dice que se gastaron 16 cartuchos y que efectivamente estos son aptos para escopeta, no obstante, en el informe se colocó que eran aptos para revolver, es un error de digitación, pero igualmente en las conclusiones que trae a colación el perito, se establece que estos cartuchos son aptos para el funcionamiento, y que efectivamente estos cartuchos son creados para los fines pertinentes y, de acuerdo al informe de captura en flagrancia al procesado, se le incautaron cartuchos calibre 16 y calibre 20 en ningún momento se le incautó ningún arma de fuego.

La defensa aduce que todos estos cartuchos se gastaron, que tenían más de 10 años guardados, estaban húmedos y eran inservibles, que de existir el arma, deben existir los cartuchos y que, según su calibre

que es muy bajo, no son letales para seres humanos, pero sí lo son para la caza silvestre, es decir, que sí matan animales, también deben matar seres humanos; pero el decreto 2535 de 1993 en su artículo 21, los permisos se clasifican por tenencia para porte y especiales y en su parágrafo dice, que para la expedición de permisos de tenencia o los coleccionistas deberá presentarse la credencial de coleccionistas de acuerdo con lo previsto en el decreto, para la expedición de permisos de tenencia para deportistas, deberá acreditarse la afiliación a un club de tiro o caza afiliado a la federación colombiana de tiro; pese a lo anterior, el procesado no tiene ningún permiso para estar portando esa munición por el territorio nacional.

Adicional a lo anterior, el literal C del artículo 85 consagra como causales de incautación: *“portar, transportar o poseer arma, munición explosivos, o accesorios sin permiso de tenencia o licencia correspondiente”* en este caso a la policía le asistía todo el derecho a realizar la incautación de esa munición, al no encontrarse dentro de las excepciones dispuestas en el artículo 25 del decreto 2535 de 1993, esto es, aquellas armas que no requieren permiso para porte o tenencias tales como las armas neumáticas, las de gas, y las armas largas de pólvora negra, e incluso las escopetas de fisto, últimas que se cargan con pólvora negra, no con cartuchos; además, las de calibre 20 y calibre 16 son utilizadas para una arma retrocarga, es decir, que se carga por detrás y son letales tanto para los animales como para los seres humanos; a más de ello, la Corte febrero del 2020 también prohibió la caza deportiva.

En vista de lo anterior, no advierte violación a las garantías fundamentales de acuerdo al artículo 457 del código de procedimiento penal al señor Jhonny de Jesús Jiménez Cartagena.

La Judicatura luego de escuchar la intervención de defensa y de fiscalía, señala que, la retractación va dirigida a la aceptación de cargos a través de preacuerdo realizada por Jhonny de Jesús Jiménez Cartagena en la audiencia de formulación de acusación ante ese

despacho, misma que fue verificada en sus garantías en lo que respecta a términos, de que la hace de manera libre, consciente y voluntaria, de acuerdo a lo normado en el artículo 131 del código de procedimiento penal, accediéndose a dicho preacuerdo.

Aduce que, lo cuestionado por la defensa es que los cartuchos incautados a su representado el día 24 de noviembre del año 2020, no requerían permiso, ya que los mismos se encontraban destinados para la caza de fauna silvestre. No obstante, en el decreto 2535 del 1993, solo hay una excepción en la cual no se exige dicho permiso, y es en las armas de fisto, armas que incluso no utilizan cartuchos y que las mismas se cargan por delante con pólvora, llamado avancarga. Además de acuerdo a lo dicho por la Corte, se exige para las armas deportivas en este caso, incluido sus cartuchos el permiso de tenencia de armas, además, de acreditarse la afiliación a un club de tiro o de caza.

Resalta lo enunciado por la Delegada Fiscal en el entendido que, la Corte Constitucional en decisión C-045 del 6 de febrero del año 2019 prohibió la caza deportiva, prohibición que entró a regir el 21 de agosto del 2020 y, los hechos que aquí se cuestionan ocurrieron con posterioridad — 24 de noviembre del 2020—.

En vista de lo anterior, la Judicatura no accedió a la solicitud de la defensa, en el entendido que, en efecto JHONNY DE JESUS JIMENEZ CARTAGENA si requería permiso para la tenencia de esa munición DENIEGA la solicitud de retractación deprecada por la defensa del señor JHONNY DE JESUS JIMENEZ CARTAGENA al no observar violación a las garantías fundamentales.

Inconforme con la decisión de la Juez A quo, la defensa interpone el recurso de apelación.

4. DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa del procesado solicita a través del recurso de alzada la revocatoria de la decisión de primera instancia, argumentando que el acto de retractación por parte del imputado es un acto voluntario y libre, así como lo fue la aceptación para el preacuerdo, la defensa solicita la retractación porque es un acto personalísimo que no se puede discutir, el juez no puede reemplazar a las partes.

Reitera que su prohijado, tal como aceptó voluntariamente, puede retractarse, ante un vicio en el consentimiento porque no tuvo defensa técnica, pues la defensa ni siquiera revisó el informe de balística donde eran protuberantes los errores. A más de ello, los cartuchos eran muy viejos y para la época en que él los compró, se adquirirían en almacenes agropecuarios, eran de libre comercio.

Manifiesta que, puede acreditar que compra de los cartuchos se efectuó mucho antes de que existiera la prohibición de la caza y la prohibición de circulación de esta clase de munición producida por la fábrica de municiones del país INDUMIL; además eran muy viejos y estaban inservibles por lo que puede demostrar con un peritaje con los pocos cartuchos que quedan, que esos otros también son cartuchos de una procedencia y de una fecha muy alejada, según la ley penal vigente para esa época no existía incluso el delito de porte de munición sin autorización de las autoridades.

En virtud de lo anterior, solicita se reconozca los derechos fundamentales violados al imputado, y se respete el parágrafo del artículo 293 del código de procedimiento penal, que es favorable cuando se descubre violaciones al debido proceso y a la legítima defensa, representados en la omisión de la defensa técnica que nunca tuvo Jhonny Jiménez Cartagena.

La Fiscalía como sujeto no recurrente, solicita no acceder a lo solicitado, en tanto la defensa no trae ningún elemento para demostrar que al señor JHONNY DE JESÚS JIMENEZ CARTAGENA se le violaron las garantías fundamentales que le asistían a la hora de aceptar los cargos a través de un preacuerdo.

Reitera que la aceptación del procesado fue libre, voluntaria, sin coacción, la defensa le explicó en debida forma las garantías y qué seguía después de la aceptación de cargos, siempre estuvo asistido por un defensor, tuvo una defensa técnica y esas violaciones de garantías fundamentales aquí no se vislumbran.

Y si bien la defensa alega que esos cartuchos eran inservibles, estos fueron revisados por un balístico, los utilizó y dio un informe donde efectivamente dice que son aptos los cartuchos de calibre 20 y de calibre 16, informe que realiza un policía judicial bajo la gravedad de juramento y en ese sentido, de acuerdo al decreto 2535 de 1993 y la sentencia C-045 de 2019 debía contar con permiso para el porte o tenencia de esa munición; en vista de lo cual no observa vulneración alguna a las garantías fundamentales para decretar la nulidad, de acuerdo al artículo 457 del código de procedimiento penal.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia

Es competente la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara, Antioquia, conforme al precepto contenido en el artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal.

5.2. Caso Concreto

Con base en el principio de limitación de la doble instancia, y en atención a la decisión impugnada por el defensor del acusado, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar la procedencia de la retractación de la aceptación de los cargos realizada vía preacuerdo por el procesado Jhonny de Jesús Jiménez Cartagena, al advertir la defensa violación a garantías fundamentales, específicamente la presunción de inocencia.

Antes de entrar a desarrollar el objeto de la impugnación resulta relevante acudir a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia², en punto de la retratación de la aceptación de cargos por parte del procesado:

“...de acuerdo con el art. 293 del C.P.P., si el imputado por iniciativa propia acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. En consecuencia, la Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación -equivalente a la acusación-, que será enviado al juez de conocimiento. Examinada por éste para determinar que la aceptación de culpabilidad es espontánea, libre y voluntaria, procederá a aceptarla sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes y, enseguida, convocará a audiencia para la individualización de pena y sentencia.

La retractación por parte de los imputados que acepten cargos, añade el párrafo de la norma, sólo será válida siempre y cuando se acredite que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales.

*En estos casos se trata de una forma de composición del conflicto en la cual el juez interviene apenas **de manera adjetiva, para vigilar que no se traspasen los límites mínimos de legalidad y a fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes (CSJ AP 7 may. 2014, rad. 43.523).***

² CSJ SP9379-2017 Rdo. 45.495 del 28 de junio de 2017

El control de legalidad aplicado por el juez de conocimiento recae, por una parte, sobre el acto mismo de aceptación de responsabilidad, a fin de verificar que éste sea expresión de la autonomía de la voluntad. Así, el art. 131 del C.P.P. preceptúa que al funcionario judicial le corresponde verificar si el allanamiento es producto de una decisión, libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa. Por otra parte, el mencionado control comprende una labor de supervisión sobre el respeto de las garantías fundamentales en cabeza del acusado. Sobre el particular, la jurisprudencia (CSJ SP 20 nov. 2013, rad. 39.834) tiene dicho que:

no es posible sustraerse de la aceptación de responsabilidad a menos que, como la propia norma lo prevé, concurra un vicio en el consentimiento del procesado o se transgredan sus garantías³, según se extrae del párrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, insertado por la Ley 1453 de 2011, el cual debe interpretarse en armonía con el artículo 351 del mismo estatuto procedimental, que al regular lo concerniente a las modalidades de aceptación de cargos en su inciso cuarto, precisa que éstas imponen su aprobación por parte del juez de conocimiento, salvo que se desconozcan o quebranten garantías fundamentales.

Dicho párrafo ya fue objeto de estudio por parte de esta Corporación⁴, concluyendo que es posible deshacer la aceptación de responsabilidad en cualquier momento y solo en las dos hipótesis indicadas por la norma, esto es, consentimiento viciado o desconocimiento de garantías, con la carga para quien lo aduce de demostrar que efectivamente se configuró alguna de estas dos situaciones invalidantes, de modo que cada una de las cuales haya determinado por sí sola, la aceptación de los cargos y la consecuente renuncia al derecho a la no autoincriminación.

Rigiendo entonces un principio legal de irrevocabilidad, si la alegación de culpabilidad fue efectuada libre, consciente, voluntaria y espontáneamente ante el juez de control de garantías sólo habría lugar a improbar el allanamiento o a admitir una excepcional dimisión por el procesado si su consentimiento para aceptar la responsabilidad penal por los cargos formulados se hallare viciado por error, fuerza o dolo (cfr. CSJ SP 15 may. 2013, rad. 39.025 y CSJ SP 20 nov. 2013, rad. 39.834).

La imposibilidad de retractación es una limitación justificada en pro de materializar una debida administración de justicia penal abreviada.⁵Entre

³ CSJ SP 28 ago. 2013, rad. 41.295.

⁴ CSJ SP 13 feb. 2013, rad. 40.053.

⁵ Sobre el particular, en la SP 8 jul. 2009, rad. 31.280, expuso la Sala: “en respeto al principio de la buena fe, a la lealtad procesal y para ofrecer seguridad al sistema acusatorio, en los casos en que el procesado

otras consecuencias, el allanamiento a cargos entraña la renuncia del imputado a ser juzgado públicamente (art. 250-4 de la Constitución), así como a las prerrogativas inherentes a este derecho fundamental. Ello se extracta del art. 8° lits. b), j) y k) del C.P.P. Quien acepta la imputación no sólo se autoincrimina, sino que desiste a solicitar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial y con inmediación de las pruebas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto de debate.

4.1.3 Si no se acredita ningún vicio del consentimiento en la aceptación de culpabilidad ni la vulneración de garantías fundamentales, al juez de conocimiento le corresponde dictar sentencia. Y en ese acto ha de garantizarse que en la declaración de responsabilidad penal, fundada en la admisión de ésta **por el acusado, no se afecte indebidamente la presunción de inocencia (art. 29 inc. 4-1 de la Constitución). Entre otros aspectos, esta prerrogativa implica que, para proferir sentencia condenatoria, deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda (arts. 7° inc. 3° y 381 del C.P.P.). Y para lograr tal estándar de conocimiento no es suficiente el simple allanamiento a cargos, pues la declaración de responsabilidad ha de soportarse en una verificación probatoria lato sensu, que garantice que la presunción de inocencia que cobija al acusado fue desvirtuada con suficiencia.**

Por consiguiente, es garantía fundamental de quien acepta la imputación -sin ningún vicio en su consentimiento y en un marco de respeto de sus derechos- que la consecuente sentencia condenatoria que se dicte en su contra esté fundada en medios de conocimiento que, junto a su admisión de culpabilidad, acrediten la materialidad de la infracción y la responsabilidad delictiva.

Al respecto, mediante la SP 8 jul. 2009, rad. 31.280, la Sala puntualizó:

Ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con una simple revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al

renuncia a sus garantías para admitir su compromiso penal rige el principio de irretractabilidad el cual lo inhibe para revocar expresa o tácitamente los términos del allanamiento o el acuerdo, ora para deshacerlos o modificarlos, no de otra forma se desdibujaría el propósito de la política criminal de lograr una rápida y eficaz administración de justicia”.

procesado, la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso.

Aparejado a ello, si bien por esa misma asunción temprana de la responsabilidad penal, no se cuentan con suficientes elementos probatorios, pues precisamente la economía por no adelantar el juicio es la que se le premia al procesado con la rebaja punitiva, es claro que **tal admisión de culpabilidad debe contar con un grado racional de verosimilitud.**

Y siendo los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida el medio de articular -en el procedimiento abreviado- los hechos con el derecho, es claro que ese control racional de verosimilitud supone la incorporación de aquéllos a la actuación, para ser valorados por el juez de conocimiento. Sobre el particular, ha expuesto la Corte (CSJ SP 19 oct. 2006, rad. 25.724):

En el sistema de enjuiciamiento criminal implementado por la Ley 906 del 2004 es claro que solo pueden ser consideradas como pruebas y, por ende, servir de soporte a las providencias judiciales, aquellas que hayan sido debidamente presentadas y sometidas al debate en el juicio oral, pues en virtud del principio de inmediación, previsto en su artículo 379, el Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia...

En esas condiciones, en supuestos como el presente, en donde los cargos son aceptados en la audiencia de formulación de la imputación, evidentemente ningún medio de prueba se practica delante del juez, por la exclusión obvia del juicio oral. En esos eventos, en consecuencia, la sentencia puede fundamentarse en aquellos elementos recaudados por la fiscalía siempre que **hayan sido incorporados legalmente a la actuación.**

La jurisprudencia constitucional (sent. C-1260 de 2005), a la hora de analizar la compatibilidad de la renuncia a los derechos a la no autoincriminación y al adelantamiento del juicio en los términos establecidos en el art. 8º lit. I) del C.P.P. con la Constitución, destacó la necesidad de que la condena dictada en virtud de aceptación de culpabilidad esté soportada en medios de prueba:

Lo anterior, por cuanto aceptados por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y **existiendo en el proceso además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria**, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las

etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, **debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado**. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso.

En ese entendido, incluso en el procedimiento abreviado derivado de la aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, el juez de conocimiento está en el deber de valorar en conjunto los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física (art. 180 C.P.P.), a fin de acreditar con suficiencia que existe convencimiento más allá de toda duda para condenar (art. 381 ídem). Esa es la comprensión fijada por la jurisprudencia constitucional (C-1195 de 2005) al afirmar que “el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito [...] En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad”.

4.1.4 Ahora bien, tratándose de aceptaciones de cargos en la formulación de imputación, la incorporación de los elementos materiales probatorios habrá de ser concomitante a la presentación del escrito contentivo de la misma -que se entiende equivalente a la acusación (art. 293 C.P.P.)- ante el juez de conocimiento. Ello, conforme al mandato previsto en el art. 142-2 ídem, según el cual es deber del fiscal suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios y evidencia física e información de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al acusado. Éste, al tenor del art. 125-3 ídem, además, tiene derecho a que su defensor, en el evento de una acusación, conozca todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.

En esos términos, la incorporación de los medios de conocimiento a la actuación no sólo es presupuesto material para que el juez pueda dictar sentencia condenatoria, si la valoración de aquéllos junto a la aceptación de culpabilidad acredita la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado (art. 9º del C.P. y 381 del C.P.P.), sino que

es necesaria a fin de garantizar el derecho de todo imputado a conocer las pruebas que se invocan en su contra (art. 8 lit. j del C.P.P.).

4.1.5 No obstante, la prerrogativa de conocimiento de las “pruebas”, en eventos de aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, no significa que la defensa -tanto material como técnica- esté habilitada para controvertirlas. Por una parte, debido a que, como se expresó con antelación (supra num. 4.1.2), la renuncia al juicio entraña el desistimiento a la actividad⁶ y contradicción probatorias; por otra, en la medida en que el cuestionamiento de las premisas fácticas que, habiendo sido aceptadas como ciertas, fundamentan la decisión condenatoria, tácitamente se estaría presentando una retractación del allanamiento, lo cual -salvo eventualidades de vicios en el consentimiento o conculcación de garantías- está proscrito legalmente.

Una vez aceptado, reitérase, el allanamiento es irrevocable. Por consiguiente, la declaratoria de responsabilidad penal en él fundamentada no se puede confrontar, entre otras posibilidades, por la vía del ejercicio de los recursos, a fin de lograr una absolución mediante críticas probatorias tendientes a modificar los enunciados que, haciendo parte de la imputación fáctica, fueron admitidos por el imputado que se allana, pues ello atenta contra el principio de irrevocabilidad.

Bajo esa línea de pensamiento, mediante el AP 28 ago. 2013, rad. 39.566⁷, la Sala ha sostenido que:

*en la hipótesis en que el inculcado acepta la imputación - por allanamiento o preacuerdo en alguna de las oportunidades que la ley procesal auspicia el mismo-, las propias normas rituales han excluido la posibilidad de la retractación y por consiguiente, **no dan vía a discrepar con la sentencia mediante la incoación de los recursos, cuando es emitida congruente con dicha expresión libre, consciente, voluntaria y plenamente garante de los derechos fundamentales, con asistencia de su abogado defensor.***

⁶ Sobre ese particular, mediante el AP 27 jun. 2012, rad. 38.911, la Sala clarificó, en un caso donde tardíamente se acreditó que el procesado se encontraba en estado de inimputabilidad al momento de cometer los delitos, que el principio de irrevocabilidad que gobierna las aceptaciones de culpabilidad imposibilita formular reparos respecto a la práctica de pruebas y el consecuente adelantamiento de un juicio, pues la esencia de esa aceptación unilateral de voluntad o de la bilateral propia del acuerdo es que, a cambio de la reducción de pena u otros beneficios procesales, el imputado y su defensor renuncian a controvertir ese tipo de aspectos.

⁷ Postura expuesta en múltiples decisiones, entre otras, AP 27 jun. 2012, rad. 38.911; AP 17 oct. 2012, rad. 33.145; AP 28 ago. 2013, rad. 41.419; SP 20 nov. 2013, rad. 39.834 y AP 31 ene. 2017, rad. 49.411.

[...]

Restringida por tanto la viabilidad de impugnar una sentencia que ha culminado como efecto de allanamiento a la imputación o preacuerdo con la Fiscalía, con estricta exclusividad a aquellas hipótesis de violación de garantías, es muy claro que cuando el inculcado renuncia al juicio oral, bajo el entendido que dicha solución pactada en procura de obtener una rebaja punitiva ha sido la resultante de que el indiciado sopesa directamente el grado de compromiso que tiene frente al delito, esto es, que dada la valoración de su propia situación frente a la imputación delictiva que se le hace y la conveniencia de asumir las consecuencias penales del mismo en forma anticipada o acelerada, ello apareja, entre otros efectos, que la declaración de su responsabilidad no se defina en un juicio oral y abierto con debate probatorio, pues es bien sabido que la decisión no se funda en pruebas, bajo el técnico sentido que la esquemática procesal de la Ley 906 de 2004 ha contemplado, sino en lo que se denomina elementos materiales probatorios, evidencia física e informes compilados por la Fiscalía.

*Bien se ha resaltado el carácter vinculante que tiene el allanamiento o acuerdo para el juez y para los sujetos procesales, de manera que si la sentencia se aviene al mismo y no hay quebranto de garantías, **resulta inaceptable retractarse a través del empleo de los recursos ordinarios y extraordinario de casación por carecerse de interés jurídico para ello.***

En esa dirección, la Sala ha puntualizado que una forma de retractación tácita del allanamiento se da por la vía del derecho ejercicio del derecho de impugnación, cuando se discuten aspectos que, con énfasis en lo fáctico, tienen que ver con las categorías sustanciales de las cuales depende la afirmación de la responsabilidad penal. Sobre el particular, mediante el AP 31 ene. 2017, rad. 49.411, textualmente expuso la Corte:

Impera recordar que mediante un preacuerdo el procesado aceptó en forma libre, consciente y voluntaria su responsabilidad frente al delito comunicado por el ente investigador, razón por la que una vez verificado por el Juez de Conocimiento la incolumidad de los derechos de la parte pasiva de la acción penal, como ocurrió en este evento, es improcedente la retractación de ese acto unilateral.

En efecto, constituye presupuesto para recurrir la decisión judicial que el sujeto procesal haya sufrido un perjuicio en su situación jurídica con la misma, de ahí que si al procesado se le han atendido sus pretensiones, como cuando el fallo se dicta con apego a los cargos aceptados mediante el allanamiento a los mismos en cualquiera de las

*oportunidades que este puede presentarse, o con sujeción a los acuerdos realizados en la llamada justicia consensuada, **no es admisible que luego pretenda cuestionar los aspectos de tipicidad y responsabilidad penal que de manera libre y voluntaria aceptó.***

4.1.6 Diferente es que, en el ejercicio de control sobre el respeto de garantías fundamentales, se detecten situaciones objetivas que, sin modificar los enunciados fácticos que por virtud del allanamiento se entienden admitidos por el acusado, comportan una evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo (art. 9º inc. 1º C.P.). Por ejemplo, cuando la conducta atribuida al procesado deviene atípica o carece de antijuridicidad en sentido material.

En tales eventualidades, la jurisprudencia ha reconocido la vulneración del debido proceso en su componente de legalidad, en tanto garantía fundamental. No obstante, por tratarse de un aspecto objetivo que imposibilita la emisión de una sentencia condenatoria, la Sala ha determinado que la solución adecuada para el restablecimiento de tal prerrogativa ius fundamental no es la nulidad, sino la emisión de un fallo absolutorio.

Al respecto, en la SP 8 jul. 2009, rad. 31.531, en un caso donde un imputado por porte de estupefacientes fue condenado en virtud de allanamiento, pese a que la droga que llevaba consigo estaba destinada para su uso personal, la Corte estableció que la conducta no comportaba antijuridicidad en sentido material⁸, razón por la cual dictó sentencia absolutoria.

En esa oportunidad, la Sala puso de presente que la renuncia al juicio y a las garantías a éste inherentes de ninguna manera implica el desistimiento de las demás prerrogativas en cabeza de quien es procesado penalmente, así sea por la vía del procedimiento abreviado, activado por la vía de la aceptación de culpabilidad:

Así mismo, cuando se trate de la protección de garantías fundamentales de **repercusiones sustanciales** que se hubieran materializado como errores in iudicando, la Sala Penal de la Corte, cuando se trate de sentencias anticipadas que se impugnen en vía extraordinaria deberá casar la sentencia ya

⁸ Dicha postura, desde la perspectiva dogmática, fue modificada por la Sala para adoptar la solución de ausencia de responsabilidad por *atipicidad* de la conducta. Cfr. CSJ SP 6 abr. 2016, rad. 43.512.

sea de manera rogada u oficiosa como aquí se hace al encontrar que la violación se ha materializado de manera **evidente**.

Pueden darse los casos, por ejemplo, entre otros: que la sentencia anticipada se hubiera proferido con violación al principio de derecho penal de acto, al principio de legalidad del delito o de la pena o del principio de favorabilidad sustancial, por violación del principio de prohibición de analogía in malam partem, por desconocimiento del principio de cosa juzgada y del non bis in ídem, o en la que se hubiera consolidado una violación manifiesta por indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, formas de participación o de las expresiones de culpabilidad atribuidas, o por menoscabo del principio antijuridicidad material y ausencia de lesividad, como es el caso concreto, o del principio de culpabilidad subjetiva en la que se evidencie una ausencia de responsabilidad penal dada la presencia de alguna de las causales que la excluyen y se hubiese condenado con criterios de responsabilidad objetiva o por desconocimiento del principio de in dubio pro reo.

En las sentencias anticipadas proferidas tras la vía de la política del consenso, esto es, de los preacuerdos y negociaciones o al declararse culpable al inicio del juicio oral, exclusivamente se renuncia por parte del imputado o acusado a los ejercicios de prácticas de prueba y de contradicción probatoria, pero no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba), postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección, máxime al haberse concebido a la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, de nomofilaxis, sede extraordinaria por excelencia en la que tiene espacio y cabida por sobre todo la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que sin excepciones se proyecta aplicativo tanto a las sentencias que hubiesen terminado de manera normal como las anticipadas.

Tal solución -restablecer la garantía fundamental conculcada mediante sentencia de reemplazo, sin anular la actuación- se ha adoptado en situaciones similares, en las cuales, por ejemplo, se vulneró el principio de legalidad por haberse dictado una condena -con allanamiento a cargos- por dos delitos pese a configurarse un concurso aparente (cfr. CSJ SP 14 ago. 2012, rad. 39.160).⁹

⁹ En esa oportunidad, adujo la Sala: “En principio, el incumplimiento de este deber le representaba a la Corte en casación decretar la nulidad, en el entendido de que la actuación correcta por parte del juez era rechazar en todos los casos el consenso o la declaración unilateral ante la imposibilidad de dictar sentencia en los términos aceptados. Sin embargo, todo error de juicio que signifique la vulneración de una garantía judicial podrá subsanarlo esta Corporación casando la decisión impugnada y dictando la de reemplazo, que incluso puede ser una absolución”.

Recapitulando, la resolución de los problemas planteados en la censura ha de abordarse a la luz de las siguientes premisas: i) en la imputación no hay descubrimiento ni incorporación de elementos materiales probatorios, como tampoco ninguna forma de actividad y contradicción probatoria; ii) es con la presentación del registro de la imputación con allanamiento -que equivale al escrito de acusación-, ante el juez de conocimiento, que el fiscal debe aportar los medios de prueba que, junto a la aceptación de culpabilidad, han de ser valorados por el juez para fundamentar su decisión; iii) el control judicial aplicable al allanamiento se limita a verificar que la admisión de responsabilidad no esté afectada por vicios del consentimiento y que no se hayan vulnerado garantías fundamentales; iv) aceptado el allanamiento -por haberse constatado la inexistencia de vicios o afectación de garantías- no es dable retractarse de él expresa ni tácitamente; v) la renuncia al juicio mediante la aceptación de culpabilidad implica desistir de la actividad y contradicción probatorias; vi) por la vía de los recursos no es dable plantear controversias dirigidas a modificar los enunciados de hecho que constituyen la imputación -fáctica- aceptada por el imputado y vii) a fin de materializar la protección del debido proceso -en su componente de legalidad- el juez puede absolver si hay imposibilidad objetiva de que los hechos satisfagan las categorías sustanciales necesarias para predicar la responsabilidad penal (at. 9 inc. 1º C.P.).

De acuerdo al objeto de la apelación, señala la defensa que a su mandante le fue violentado garantías fundamentales, tales como la presunción de inocencia, al haberse avalado un preacuerdo en el que éste acepta su responsabilidad como autor por el delito de fabricación, tráfico, porte de arma de fuego accesorios, partes o municiones descrito en el artículo 365 del C.P., a cambio de fijar la pena dispuesta para el cómplice —artículo 30 C.P.— como único beneficio, pactándose una pena de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión. La razón, considera que la defensa que lo antecedió, no avizó que dentro de los elementos materiales probatorios y evidencia física allegada, específicamente el informe de investigador de laboratorio-FPJ-13 fechado del 24 de noviembre de 2020 firmado por el perito de balística forense Carlos Alberto Echeverri Gil, plasmó en su informe que los cartuchos incautados —calibre 16 y 20— eran aptos

para su funcionamiento, mismos que eran comúnmente utilizados en armas de fuego tipo “revolver”, siendo esta última afirmación objeto de reproche por parte de la defensa, pues los cartuchos incautados de acuerdo a su calibre son utilizados en armas de fuego tipo escopeta y no en revolver, por lo que concluye, que tal afirmación obedeció a un error en el formato; pero además, según el dicho de su mandante, eran cartuchos muy viejos — de más de 10 años— que estaba trasladando para una finca donde iba a trabajar y quería llevarse sus cartuchos para poder cazar, que estaban húmedos e inservibles, situación ésta que podría acreditar con un nuevo peritaje, a más de señalar que, para el momento en que el procesado los obtuvo no existía la prohibición de su porte, inclusive, se obtenían en tiendas agropecuarias.

Bajo estas afirmaciones, considera la defensa en sede de apelación, que debe aceptarse la retractación del procesado pues de no hacerlo, se vulnera la garantía fundamental a la presunción de inocencia.

Así las cosas, advierte la Sala que lo que busca la defensa es la anulación de la aceptación de cargos realizada por el procesado Jhonny de Jesús Jiménez Cartagena al advertir una estrategia defensiva que daría lugar a la absolución de su mandante, pues considera que un nuevo informe pericial podría acreditar que los cartuchos incautados no son aptos para lo cual fueron creados, ante la manifestación del procesado de que los mismos eran inservibles, además, demostraría que la obtención de ese elemento bélico por parte del señor Jiménez Cartagena, se dio en una época en que su porte no estaba prohibido, y que además, eran utilizados para la caza.

Estos argumentos en modo alguno evidencian vulneración a garantías fundamentales del procesado al momento de aceptar el citado preacuerdo, ello en el entendido que, la juez de primera instancia fue muy clara al momento de explicar el contenido de lo que estaba aceptado el señor Jhonny de Jesús Jiménez Cartagena y las consecuencias que ello acarrearía, aceptando éste de manera, libre,

consiente, voluntario, luego, es inadmisibles una vez verificado la aceptación buscar la retractación cuestionando aspectos de la tipicidad y responsabilidad penal, que se reitera, aceptó de manera libre, consciente y voluntaria.

Es necesario destacar que, si bien lo incautado al procesado son cartuchos para escopeta, ello en modo alguno elimina la tipicidad, pues recuérdese que los mismos, de acuerdo al informe de balística¹⁰ resultaron aptos para su funcionamiento, al margen de error advertido por la defensa, en el que señala que los mismos son utilizados en armas de fuego tipo revolver, situación incluso superada en la misma diligencia, en tanto éste concluyó al igual que la fiscalía, que la indicación “revolver” obedeció a un error en el formato, pues se trata de cartuchos utilizados en para armas de fuego tipo escopeta, tal como se indica en el acápite denominado “4. DESCRIPCIÓN DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIO Y EVIDENCIA FÍSICA RECIBIDOS PARA ESTUDIO” del citado informe, siendo ello así, claro es la premisa de que el porte de este tipo de elementos bélicos - cartuchos calibre 16 y 20— requieren permiso al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.P. y en el Decreto 2535 de 1993 artículo 10 y ss y no se encuentran dentro de las excepciones contempladas en el artículo 25 ibidem.

Y es que el porte o tenencia, de cualquier arma de fuego, o en este caso munición, requiere autorización oficial, tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹¹, advirtiendo al respecto lo siguiente:

(...)

6.1.2 El porte o la tenencia de cualquier arma de fuego requiere de autorización oficial

¹⁰ Ver página 67 del archivo denominado “01CuadernoPrincipal.pdf” del expediente electrónico.

¹¹ SP911-2020 Rdo. 51967 del 11 de marzo de 2020.

En consonancia con lo anterior, y en medio de un completó análisis de la evolución histórica de la regulación del porte de armas en Colombia, la Corte Constitucional, basada en sus propios precedentes, dejó sentado que

La Constitución de 1991 amplió el monopolio estatal a todo tipo de armas, por cuanto en el ordenamiento derogado éste se refería únicamente a las armas de guerra. En efecto, el artículo 48 de la anterior Constitución señalaba que "sólo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra. Nadie podrá dentro de poblado llevar armas consigo sin permiso de autoridad competente." Esto significa que la anterior Constitución admitía la posesión de armas que no fuesen de guerra, aun cuando limitaba su porte dentro de poblado a la obtención del correspondiente permiso de autoridad competente. En cambio, la Constitución de 1991 consagra un régimen más estricto, puesto que no existe la posibilidad de que haya propiedad o posesión privadas sobre ningún tipo de armas. Hay entonces una reserva estatal de principio sobre su propiedad y posesión, de suerte que los derechos de los particulares sobre las armas son precarios pues provienen únicamente de los permisos estatales, los cuáles son por esencia revocables" (Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 9 de febrero de 1995, MP Alejandro Martínez Caballero).

En la misma línea, esta Sala de casación ha resaltado que:

[d]e acuerdo con las características del arma, según la norma que regula lo concerniente a los requisitos para la tenencia y el porte de armas y municiones, la Sala advierte que de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2535 de 1993, las armas neumáticas, de gas, las armas largas de pólvora negra, incluso las escopetas de fisto no requieren permiso para su porte y tenencia.

El siguiente es el texto literal de la norma:

«Artículo 25.-Excepciones. No requieren permiso para su porte o para tenencia, las armas neumáticas, de gas y las armas largas de pólvora negra, incluso las escopetas de fisto».

Del contenido del precepto en cita debe concluirse que solo el tipo de armas allí relacionadas no requieren de autorización por parte de la autoridad competente para su porte o tenencia, de lo contrario, tratándose de armas de defensa personal, deportivas o de colección es menester contar con dicho permiso. Así se deduce del inciso segundo del artículo 20 del Decreto 2535 de 1993, que reza:

«Artículo 20. Permisos: Es la autorización que el Estado concede con base en la potestad discrecional de la autoridad militar competente, a las personas naturales o jurídicas para tenencia o para el porte de armas.

Cada una de las armas de fuego existentes en el territorio nacional en manos de los particulares, debe tener un permiso para tenencia o para porte según el uso autorizado. No obstante, podrán expedirse dos permisos para un arma si su uso se autoriza entre parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o entre cónyuges o compañeros permanentes.» (CSJSP, 10 feb 2016, Rad. 46211)...” NEGRILLAS ORIGINALES DEL TEXTO.

Se indica además en la decisión en cita, que no solo por sus características un arma de fuego puede catalogarse como deportiva, pues requiere el cumplimiento de otros requisitos, para determinarse que se trata de un elemento bélico utilizado para tal fin, así:

(...)

6.1.3. Los requisitos para que un arma pueda ser catalogada como deportiva

(...)

“...la calificación de un arma como deportiva no solo depende de sus características físicas, sino también –y principalmente- de la destinación que vaya a dársele, aspecto este que fue expresamente regulado en diversos sentidos, entre ellos: (i)

debe tramitarse un permiso oficial para la tenencia de este tipo de artefactos; (ii) para obtenerlo, debe acreditarse la afiliación a una entidad deportiva, en los términos atrás referidos; (iii) el beneficiario del derecho queda sometido a la vigilancia de las organizaciones deportivas; y (iv) el arma no puede ser utilizada para fines diferentes.

Análisis éste que se torna procedente, ante la afirmación del censor de que los cartuchos que trasladaba su defendido iban a ser utilizados para la caza, actividad por demás está prohibida conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-045 de 2019, pero además, tal como se indicó en precedencia, no solo por sus características físicas puede acreditarse que un elemento bélico es o será utilizado con fines deportivos, requiere al tenor de lo dispuesto en la norma y de los pronunciamientos de la Alta Corporación, el permiso oficial para la tenencia de este tipo de elementos, acreditar la afiliación a una entidad deportiva, quedando sometido el beneficiario a la vigilancia de estas organizaciones, de no ser así, se encuentra prohibido su porte conforme lo dispuesto en el 14 del Decreto 2535 de 1993 y la conducta se encuadra dentro del artículo 365 y ss del C.P.

Bajo este panorama, emerge con claridad que la aceptación de cargos realizada por Jhonny de Jesús Jiménez Cartagena vía preacuerdo de la conducta de *fabricación, tráfico, porte de arma de fuego accesorios, partes o municiones* descrito en el artículo 365 del C.P., se realizó con respeto a las garantías fundamentales que le asisten como procesado, y su consentimiento se encontraba libre de vicios, al advertir esta Corporación que la aceptación se realizó de manera informada no solo de la conducta que aceptaba, sino de las consecuencias que ello acarrearía, asimismo, se contó con elementos materiales probatorios que permiten concluir que la citada admisión de culpabilidad cuenta con un grado racional de verosimilitud, y en ese sentido, discutir que la obtención de los cartuchos por parte del procesado se realizó mucho antes de la prohibición de su porte, como lo destaca la defensa, es irrelevante más allá de buscar menguar la responsabilidad de su prohijado, en el entendido que, este fue capturado en poder de los mismos en el mes de noviembre de 2020, esto es,

en vigencia de la prohibición, por manera que, se reitera, no son admisibles los argumentos que buscan cuestionar aspectos de tipicidad y responsabilidad penal, en tanto de manera libre y voluntaria aceptó los cargos.

Sean entonces estos argumentos suficientes, para se **CONFIRMAR** la decisión apelada.

Sin necesidad de más consideraciones, con fundamento en los argumentos expuestos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

6. RESUELVE:

PRIMERO: SE CONFIRMA la decisión adoptada el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara, Antioquia, que Denegó la solicitud de retracción de la aceptación de cargos vía preacuerdo realizada por el defensor del procesado Jhonny de Jesús Jiménez Cartagena, según lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Esta providencia queda notificada y contra ella no procede recurso alguno.

TERCERO: Devuélvase la actuación procesal al Juzgado de Origen para lo de su competencia.

DEVUÉLVANSE LAS DILIGENCIAS Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

**(En licencia no remunerada)
LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
MAGISTRADO**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

**ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO**

Firmado Por:

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta
con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley
527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

018f9816910571ecf004873fada516b43f26e2f28b257ecd1d385a88
ec252152

Documento generado en 25/11/2021 05:29:32 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

M.P. NANCY ÁVILA DE MIRANDA



1

RADICADO: 056156001309201880012
INTERNO: 2021-0138-2
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR
DE 14 AÑOS Y OTROS.
ACUSADO: GILDARDO ALBERTO E IVÁN DARÍO ARIAS
ARIAS
DECISIÓN: CONFIRMA DECISIÓN

Medellín, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según acta Nro. 105

1. ASUNTO

Se ocupa en esta oportunidad la Sala, del estudio del recurso de apelación que en oportunidad legal formularon y sustentaron los defensores de confianza de los acusados Gildardo Alberto e Iván Darío Arias Arias, quienes fueron condenados por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, al encontrarlos penalmente responsables de los delitos acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso

¹ El presente código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente, hasta su entrega en la Sala de la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Para su lectura se requiere la aplicación- descargar en Play Store lector QR.

homogéneo y heterogéneo y de acto sexual con menor de 14 años respectivamente, en providencia del 27 de abril de 2020.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

El supuesto fáctico que motivó esta decisión fue resumido de la siguiente manera por la juez de primera instancia:

“Del escrito de acusación se extraen los hechos jurídicamente relevantes denunciados el 12-01-18 por la señora Dora Inés Arango Orozco, madre de la menor Y.D.C.A. a quien la niña le manifestó que desde que la menor tenía 6 años de edad, su vecino Gildardo Alberto Arias Arias le tocaba sus senos, glúteos y vagina, inicialmente lo hacía por encima de la ropa, pero en algunas oportunidades fueron por debajo de la ropa de la niña, le daba mecato, muñecas (barbie) y juguetes para que ella no contara nada; y manifestó la menor en entrevista que el señor Gildardo Alberto, cuando ella tenía 8 años de edad, le metía el dedo en la vagina, después de que tocaba su vagina le rascaba y le salía sangre, hechos que se presentaron en diferentes partes de la casa del señor Gildardo Alberto Arias Arias, como en la cocina. La menor iba a la casa de este procesado porque él le pagaba para que cuidara a su madre, quien estaba enferma. Desplegados los actos de abuso, el señor Gildardo le daba dulces y regalos a la niña. Todas estas situaciones generaron reacciones en la menor como cortarse, no verle sentido a la vida, las que fueron advertidas en la institución donde estudiaba la menor, por eso se supo lo que sucedía con ella.

En relación con el señor Iván Darío Arias Arias, él le tocó y la vagina a la menor por encima de la ropa, le tomaba fotos y la abrazaba fuerte, hechos que ocurrieron en dos oportunidades, una vez en la cocina y otra en la sala, cuando la niña contaba con 10 años de edad”.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

Conforme a la información obrante en el líbello se sabe que el 23 de julio de 2015, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Rionegro (Antioquia), por solicitud de la Fiscalía 01

seccional de esa localidad, se formuló imputación en contra de los señores Gildardo Alberto e Iván Darío Arias Arias, en calidad de autores, a título de dolo, por los punibles en concurso homogéneo y heterogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso con actos sexuales con menor de 14 años tipificado en los 208 y 209 del Código Penal (fl. 14); además, se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario (Fl. 16-17).

Radicado el escrito de acusación el 10 de octubre de 2018 (Fl. 23- 29) y asignado el asunto el día 18 de octubre de la misma fecha al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro (Fl. 31), el 01 de noviembre de la misma anualidad se llevó a cabo la audiencia respectiva (Fl. 35-36), en donde se acusó a Gildardo Alberto e Iván Darío Arias Arias como autores materiales de los delitos en concurso homogéneo y heterogéneo de acto sexual abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años. Para el 09 de mayo de 2019 de 2019 se adelantó la audiencia preparatoria (Fl. 45) y la audiencia de juicio oral tuvo inicio el 29 de agosto de 2019 (Fl.51), y se continuó los días 14 de noviembre del mismo año, 27 y 28 de febrero, 15, 21 y 24 abril 2020, siendo en la última calenda cuando se dio por terminada, se anunció un sentido del fallo condenatorio y se adelantó la audiencia del artículo 477 del CPP (Fl.45-86).

El 27 de abril del mismo año se dio lectura a la sentencia que ahora se examina en su legalidad, merced a que la defensa contractual de cada uno los procesados manifestaron su

inconformidad con lo allí decidido y con oportunidad hicieron la sustentación respectiva.

4. SENTENCIA IMPUGNADA

En el fallo materia de revisión, la funcionaria de primera instancia, después de establecer la individualización e identificación de los procesados, recordar los hechos jurídicamente relevantes, los antecedentes de la actuación y los alegatos de conclusión de las partes sentó las consideraciones del caso.

En el punto, indicó que iniciaría su análisis abordando el reparo planteado por el defensor de Iván Darío Arias Arias, al afirmar que la fiscalía no incluyó en la acusación los hechos jurídicamente relevantes, reparando en que no mencionó la fiscal las circunstancias de cómo y cuándo su asistido le tomaba fotos a la menor, citando variadas decisiones de la Corte Suprema de Justicia, frente a lo cual concluyó que el delegado de la Fiscalía, logró expresar los referentes fácticos relacionados con el contenido normativo que a la postre enunció.

Afirma si bien para el caso en examen, no es posible desconocer que la fiscalía en el escrito de acusación además de referirse a los hechos jurídicamente relevantes, detallo manifestaciones de la menor, de su madre, la valoración médico legal, concretó los hechos que podían constituir conductas delictivas las normas posiblemente infringidas y los elementos que soportaban sus afirmaciones.

En lo que atinente al señor Iván Darío Arias Arias refirió los abrazos fuertes que le daba, las fotos que le tomaba, la edad que ella tenía, el lugar donde ocurrían, el número de oportunidades en que con los actos desplegados por este acusado se sintió la menor afectada en su sexualidad, el lugar donde se presentaron los eventos.

Lo propio ocurrió con el señor Gildardo Alberto Arias Arias, específica fue la entidad acusadora al relacionar lugar, las razones por las que la menor acudía a la residencia de este procesado, la relación de vecindad, la relación de confianza entre procesado y grupo familiar de la menor. De manera que se encuentran satisfechas las exigencias legales y jurisprudenciales sobre el contenido en la acusación de los hechos jurídicamente relevantes.

De los puntos estipulados por las partes, los datos de los procesados, y los datos de la menor Y-D-C-A, quien nació el 30 de octubre de 2006 y al momento de la decisión no había cumplido los 14 años de edad, posible es afirmar que se cumple una de las exigencias para que se estructuren las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal, que el sujeto pasivo de la conducta sea menor de 14 años.

Recalca que otra circunstancia establecida en juicio fue el lugar de residencia de la familia Cardona Arango y la menor Y.D.C.A como integrante del grupo familiar, en la vereda Galicia del municipio de Rionegro, vecinos de la familia Arias Arias, donde en casas independientes vivían Gildardo Alberto Arias Arias con su madre, quien era invalida, pero ya falleció, y en casa

cercana el señor Ivan Dario Arias Arias con su grupo familiar. Ese entorno de cercanía y vecindad, no solo se corrobora con la declaración en juicio de la menor Y.D.C.A, sino además con la deponencia de la señora Dora Ines Arango Orozco, madre de la menor y los testigos de la defensa María Rocío Soto De Arias Y Néstor William Betancur Orrego, detallando este último que el padre de la niña le había comprado a Alonso Arias Arias varias casas por el sector, determinándose al mismo tiempo, que la distancia entre las casas de la menor y las de los hermanos Arias Arias, era aproximadamente de 17m, pues ambos estaban en la misma dirección pero en pisos diferentes.

Ilustró que con el testimonio del señor Néstor William quien conoce la niña desde que era muy pequeña, se pudo corroborar circunstancias de tiempo y lugar, lo que ha denominado la jurisprudencia penal "prueba de corroboración", estableciéndose las razones por las que la menor iba a la casa del señor Gildardo Alberto Arias Arias, a donde también acudía el señor Iván Darío Arias Arias, pues allí residía la madre de ellos, reconociéndose a la postre las afectaciones que tenía la menor, mismas que fueron descubiertas en el ámbito escolar.

Relacionó el testimonio de la señora Liliana Vargas López, rectora de la institución Educativa Santa Barbara, quien indicó que la menor tuvo un diagnóstico de ansiedad generalizada en el año 2018, la niña tenía cutting, se cortaba las manos. Reportado el caso se abrió la ruta, la maestra orientadora le transmitió lo dicho por la niña y tuvo la oportunidad de ver escritos que la niña había hecho en medio de su ansiedad, uno de ellos eran muchas rayas y la niña decía que se quería morir,

no aguantaba más la situación por la que estaba pasando, se reportaron actos de abuso de unos vecinos, le manoseaban todo el cuerpo, senos, vagina, no conoció los nombres, reportaron a la EPS al ICBF. La mentada deponente apreció de manera directa las crisis vividas por la menor, la vio muy alterada, voleaba las manos como si tuviera un calambre, movimientos musculares muy fuertes, lloraba sin cesar y decía que no era capaz de concentrarse ni estar en clase y manifestaba que quería morirse, le decía a la orientadora que de tener un lugar alto desde allí se tirarla. Con esta declarante también se conoció que la menor primero tuvo que estar en la casa por la ansiedad, le mandaban los talleres, estuvo medicada, después la familia tuvo que abandonar la residencia de la vereda Galicia, posteriormente la niña fue separada de su familia. La madre de la niña no mostró claridad si tenía conocimiento de los hechos.

Se contó con la testigo Diana Maritza Correa, docente orientadora en la institución, quien atendió a la menor Y.D.C.A, siendo inicialmente remitida por un docente porque presentaba conductas en el salón, de llanto, ansiedad, en ocasiones reaccionaba de manera brusca con gestos, palabras, rayaba las hojas de los cuadernos con tanta fuerza que los rompía, el llanto era constante, en la primera oportunidad que atendió la menor, llegó muy agresiva, alterada, no fue grosera pero se sentó con mucha rabia, llegó con hojas rayadas en el cuaderno, lloró más o menos 2 minutos y después le dijo a la testigo que le iba a contar una cosa que le había pasado durante muchos años, desde que era muy pequeña, tenía 5 o 6 años, dos vecinos del lado de su casa la tocaban, Merejo,

llamado Gildardo siempre la cogía y la tiraba contra la pared, le tocaba todas sus partes, la niña se cubría pero él le quitaba las manos, y el hermano de él, Iván también la tocaba. Informó esta declarante que la menor fue remitida porque estaba presentando conductas de intento de suicidio. La niña fue intervenida hasta que el ICBF asumió el caso, la intervención de esta profesional fue de asesoría clínica y acompañamiento. Advirtió la profesional Diana Maritza que la menor tenía signos de lesiones en sus brazos e informó que estando en la institución se había cortado, se llama cutting. Narra cómo en una ocasión fue remitida por el docente tuvo un episodio de llanto incontrolable, le sudaban las manos la debieron llevar a urgencias para evaluación por psiquiatría y afirmó casi en la culminación de la diligencia que la madre de la menor manifestó tener conocimiento de lo que a la niña le ocurría con sus vecinos pero en interés era dejar eso así, preguntó porque la hacían ir tanto, se le prestó asesoría.

Luz Mary García González, defensora de familia conoció desde el 31-01-18 del cutting que se hacía la menor Y-D-C-A, se hizo un reporte desde la institución educativa, por actos de abuso sexual desde los 5 años por un vecino de la vereda, el 01-02-18 se hizo el reporte por la policía judicial, el 06-02-18 se hizo la verificación de derechos, les dijo la niña que estaba siendo abusada por vecinos, hacía dos años le había contado a su mamá pero no había hecho nada. Los nombres relacionados por la menor fueron Gildardo, a quien le dicen Merejo, y posteriormente un hermano de nombre Darío. Relata que la menor fue remitida a ASPERLA, por lo que empezó a vivir con una hermana en Guarne pero continuó presentando las

conductas de cutting, le asignaron cupo en Santa Clara en Girardota para tratamiento por equipo institucional disciplinario, estuvo entre julio y septiembre, siendo reintegrada este último mes al medio familiar.

Se escuchó a la doctora Claudia Durango Patiño sicóloga del ICBF, relatando que se reportó un abuso sexual y cambios comportamentales como autoagresión, comentando la situación a la asesora pedagógica, notando en la menor la cicatrización por el cutting. La menor fue sometida a atención terapéutica especializada en ASPERLA.

En el hospital San Juan de Dios de Rionegro, la doctora Nidia Cristina López Giraldo, encontró síntomas ansiosos y elementos de efectos traumáticos, estaba en el servicio de urgencias por un presunto abuso sexual, la menor le reveló que le pasaba desde los 5 años, no contaba porque la amenazaban con contarle a los papás, expresó sentimiento de asco incluso hacia si misma.

La profesional Yesica Paola Morales Londoño, hizo una atención de salida de la menor, quien estuvo en urgencias dos días, desde, desde el 31, relacionó signos de depresión, de tristeza, Aclaró que no le hizo examen físico a la menor.

Y el médico de medicina legal Oscar David Morales Zapata no valoró a la menor porque ella no lo permitió, mencionando el profesional la tensión de la menor y la narración que le hizo la niña de que una persona que vivió en la vereda Galicia le

introdujo los dedos en la vagina. Aclaró que la niña había estado en oportunidad anterior.

Dora Inés Arango Orozco, si bien no admite haber conocido con anterioridad los abusos sufridos por su hija, afirmando que conoció de las agresiones sexuales sufridas por su hija cuando la llamaron el 31-01-18; dio cuenta del comportamiento de la menor, se cortaba, se odiaba, lloraba, se desesperaba y decía que no quería vivir, le daba miedo y en una oportunidad vio sangrando en su hija. indudablemente en juicio se refirió la testigo a lo dicho por su hija, que el señor Gildardo, a quien le dicen Merejo, le metía el dedo en su vagina, detallando otra manifestación de Y-D-C-A, le preguntaba este acusado si sentía cosquillitas, daba plata, le dijo que le iba a organizar la pieza, le llevaba cremas, lociones, era el que más daño le hacía; con Darío fue dos veces.

Corroboró la declarante la relación de vecindad y amistad con los acusados, las residencias cercanas de ambas familias, que la menor iba a la casa del señor Gildardo Alberto Arias Arias a cuidar la madre de él, quien tenía 84 años, a ella le reitera su hija que la madre de los procesados se daba cuenta de los actos de abuso que ellos desplegaban, les decía que eran depravados y a la menor que no volviera. Tal punto se trae para confirmar la consistencia en los relatos de la menor, así como se corroboró lo dicho por la orientadora de la Institución y la defensora de familia, la menor fue separada de su familia. En cuanto a los problemas que se presentaron con la familia de los procesados, sostuvo que fueron posteriores a la denuncia.

Y declaró en juicio la menor Y-D-C-A, el 14-11-19, fecha en la que contaba con 13 años; lo dicho por la niña se constituye en prueba directa, es ella quien da la claridad de las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Dijo en juicio, una relato que fue víctima de abuso sexual, iba a la casa de Gildardo en Galicia, él le empezó a dar confites, la tocaba, después utilizaba el dedo, le bajaba los interiores, pasaba prácticamente todos los días; ocurrían los hechos en la casa de Gildardo, la mamá de él vela como la tocaba; le decía la menor al señor Gildardo Alberto que le iba a contar a la mamá y él le replicaba que también le contarla. De Iván Darío Arias Arias relató que un día le puso la mano, en otra oportunidad bajó la mano por encima de la ropa, le tocó la vagina le dio \$2000, igualmente le tornaba fotos.

Se refirió la menor a la carta escrita el 31-0-18, la que fue incorporada y reconocida su elaboración por ella, donde decía que los odiaba y debían pagar, por culpa de ellos se iba a matar, sentía asco y no quería que la tocaran, ya no podía más, era muy difícil que la tocara; por esa crisis fue llevada a urgencias, cuando le dieron la salida Gildardo llamó, después agachaba la cabeza, después empezaron problemas con la familia de él. Escribía esos hechos en cartas y algunas las guardaba, eran las cartas de lo que sentía, además de sentir que nadie la escuchaba; dijo la menor que le gustaría volver a estar feliz; una amiguita Dayanara le respondió, que si iba a salir adelante y si la quería. Fue un secreto por muchos años.

Precisó en juicio Y-D-C-A que no tiene porque decir mentiras y dijo tener conocimiento que Gildardo Alberto Arias Arias ejerció

actos de abuso con otras menores, mencionó el nombre de la sobrina Yuliet. A la familia le tocó irse de allá, regresaron y les dicen que llegaron las brujas, le dijeron loca, manipuladora. No se realizó contrainterrogatorio. El relato lo había dado la menor a la sicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación Yarley Rodríguez Rivas.

Si bien para la defensa del señor Gildardo Alberto Arias Arias no hubo claridad ni precisión en el testimonio de la menor, sin embargo es el mismo defensor quien remite a lo dicho por Y.D.C.A, acerca de que los hechos por parte de este procesado iniciaron cuando ella tenía entre 5 o 6 años y hasta los 11 años, siendo posible señalar a partir de los dichos de la niña que hay una ubicación en el tiempo; y en cuanto a los espacios, también fue clara la niña al indicar que ocurrieron en la casa donde el señor Gildardo Alberto vivía con la madre de él, persona que era cuidada por la niña, y las oportunidades eran continuas porque la niña iba a diario a cuidar a la madre de los procesados, la casa quedaba ubicada en la vereda Galicia del municipio de Rionegro; y de los espacios al interior de la casa, la menor refirió que eran constantes los acercamientos de índole sexual, tanto que eran observados por la madre de los procesados y por eso le pedía a la niña que se fuera. Tampoco es cierto lo dicho por el señor abogado en cuanto a que las preguntas realizadas a la menor fueron alternativas, cerradas, sugestibles; Y.D.C.A. hizo una narración de los hechos en forma hilada, consistente, sin incurrir en contradicciones. Han de recordar los señores defensores que el interrogatorio fue revisado por ellos antes de que se iniciara, precisamente para evitar el reproche que en su intervención final planteó el

defensor del señor Gildardo, y ambos abogados tuvieron la oportunidad de contrainterrogar, de rebatir o restar credibilidad a las afirmaciones de la menor, no hacerlo se entiende como parte de la estrategia de defensa pero no resta credibilidad a lo dicho por Y-D-C-A.

Reprocha lo dicho por el defensor del señor Gildardo Alberto, que en las respuestas dadas por la menor no se presentó alteración emocional, se advirtió tranquilidad; fue todo lo contrario a lo afirmado por el defensor, la menor lloró, guardó silencio, se angustió, reflejó la afectación. Cualquiera fuera la circunstancia generadora del comportamiento, lo cierto es que en juicio la menor exteriorizó afectación emocional.

De las manifestaciones hechas por la menor en la institución educativa, a su madre, a las servidoras del ICBF, a la psicóloga Yarley Rodríguez, cuando le brindaron la atención de urgencias en el hospital San Juan de Dios, al médico legista se encuentra consistencia y persistencia en el relato.

El defensor del señor Iván Darío Arias Arias afirma que ha venido haciendo carrera en la judicatura que cuando un médico o psiquiatra viene al juicio, los relatos que les hacen los menores tienen el valor de prueba directa, es una equivocación que ha salvado la Corte Suprema de Justicia, sigue siendo prueba de referencia inadmisibles, citando en respaldo de sus manifestaciones los procesos 40478 del 10-06-15 y 46887 del 26-02-17, concluyendo que con esa prueba no se puede condonar a nadie. Reparo de la defensa que no se refiere a esta realidad

procesal, puesto que la menor víctima manifestó en juicio los actos de abuso padecidos con cada uno de los procesados.

Para el caso, las manifestaciones anteriores de la menor sirvieron para corroborar la persistencia de su relato y constituyen prueba directa las apreciaciones que tuvieron la orientadora y rectora de la institución educativa Santa Barbara, del estado emocional de la menor, las lesiones que se ocasionaba, el outfing, el llanto permanente e incontrolable, movimientos musculares y de las manos, la rabia la falta de ganas de vivir, en el ámbito del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se observaron las lesiones en la menor, en Ámbito familiar también se exteriorizaron los problemas comportamentales de la menor, señalando la madre en juicio los comportamientos de la niña, la atención recibida en las diferentes esferas, las lesiones observadas en la niña y sangrado en una oportunidad. Y el médico Oscar David Morales Zapata, quien atendió a la menor el 16-02-18 apreció de manera directa la tensión en la que se encontraba la niña cuando él pretendía realizar la valoración sexológica, tuvo el profesional que detener el examen. Los pronunciamientos de fiscalía y representante de la niña en las alegaciones de clausura, enfatizaron la percepción directa de las afectaciones de la niña que se tuvieron en los diferentes escenarios, colegio, casa, hospital, ICBF, psicóloga que la entrevistó, médico legista. Sin olvidar, que de acuerdo con la normatividad vigentes, la entrevista tomada por la investigadora Yarley Rodríguez Rivas constituye prueba de referencia legalmente admisible.

Para el defensor del señor Gildardo Alberto, para para determinar la existencia de acceso carnal violento se hacía necesaria la valoración, y la menor no permitió el examen por parte del médico legista. Ante dicho planteamiento se refirió la delgada de la fiscalía al principio de libertad probatoria y al contenido del artículo 212 del Código Penal. Al respecto se tiene que los actos descritos por la menor como desplegados por este acusado, que bien pueden considerarse violentos -así no se hayan adecuado de esa manera-se referían a la introducción de los dedos en la vagina de la menor, tal y como lo corroboró la menor en su deponencia.

En ese orden se cumplieron los presupuestos para emitir condena en contra de los hermanos Arias Arias.

5. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El Dr. Luis Alfredo Henao Henao, actuando como defensor contractual del señor Gildardo Alberto Arias Arias, en su escrito de apelación, afirma que pretende la revocatoria del fallo de condena y consecuente con ello la absolución de su defendido, argumentando que se desconocieron las pautas para llegar al convencimiento más allá de toda duda razonable. Para el efecto, plantea una serie de argumentos decantados en el siguiente orden:

No quedaron dilucidadas las circunstancias bajo las cuales se presume que su cliente incurrió en las conductas atribuidas, ya que el testimonio de Y.D.C.A. no fue claro al narrar los hechos, máxime que indicó las fechas y los días en que ocurrieron los

mismos. Arguye que el testimonio de la víctima es una repetición de lo sucedido, sin que se dieran detalles de la manera como se llevaron acabo los hechos, aspecto relevante a efectos de corroborar el dicho de la menor.

Señala el censor que la manera como se realizó el interrogatorio cruzado – de manera sugestiva y cerradas – las que dieron pie para que Y.D.C.A. incriminara a su defendido, tal como lo enseña la psicología forense, por lo que en este tipo de eventos, las preguntas a realizar deben ser abiertas con la finalidad de obtener un relato libre y espontaneo sobre lo acaecido.

Adujo el apelante que los testimonios de los profesionales Nidia Cristina López Giraldo, Yesica Paola Morales Londoño y Óscar David Morales Zapata, al no constarles nada de lo acontecido, por no ser testigos directos de los hechos, y en consecuencia debieron ser apreciadas como prueba de referencia.

Igual situación de prueba de referencia aconteció con el testimonio rendido por la psicóloga Yarley Rodríguez Rivas, quien adujo que utilizó el protocolo SATAC para evaluar a la menor, concluyéndose que su intervención se limitó a plasmar el relato de la víctima, por lo que al no ser la persona que realizó la valoración psicológica, dicha prueba nada demuestra, como que *“ningún alcance se le puede conceder de acuerdo a lo pregonado sobre el mencionado informe o entrevista”*.

Con base en los anteriores argumentos, el recurrente solicitó la revocatoria del fallo opugnado y la subsecuente absolución del

procesado respecto de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Por su parte, el Dr. Javier Octavio Echeverri Vergara, en su condición de defensor de confianza del procesado Iván Darío Arias Arias, apeló el fallo, solicitando la absolución del procesado, la cual fundamenta en los siguientes aspectos:

En primer lugar, insiste que no se demostraron los hechos jurídicamente relevantes, pues no fueron determinados de manera clara y precisa, tal como lo exige la jurisprudencia y la doctrina, máxime cuando la niña contaba con 10 años de edad, escolarizada con capacidad mental para señalar las circunstancias temporo espaciales sobre lo sucedido. Solicita así, que el órgano revisor verifique tales hechos acordes como lo exige la jurisprudencia nacional. Además, considera que tanto el juez de control de garantías como el de conocimiento, violaron el debido proceso, al imputársele un punible, que no correspondía con el acontecer fáctico.

En segundo lugar, no se logró demostrar el grado de afectación causado a la menor con las conductas a las que fue sometida supuestamente por los hermanos Arias Arias, ya que en la vista pública se le observó serena y tranquila. Además de ello, no se detalló quien fue la persona que logró afectar la libertad, integridad y formación sexual de la menor, pues son dos los procesados, aspecto que no fue dilucidado en la decisión de instancia.

En tercer lugar, arguye que la condena en disfavor de su defendido se basó en exclusivamente en prueba de referencia inadmisibles, ya que cada uno de los testigos de cargo, relataron lo que la menor les contó.

En cuarto lugar, le da valor de prueba de corroboración periférica a los dichos de los señores Néstor William Betancourt Orrego, María Rocio Soto de Arias y Dora Inés Arango Orozco, a efectos de darle mayor credibilidad al dicho de la menor, no obstante, existir contradicciones en sus deponencias.

En conclusión, los argumentos planteados demuestran que no hay responsabilidad penal en cabeza del acusado y por ende debe revocarse el fallo y absolversele de los cargos formulados.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, esta Colegiatura es competente para desatar el recurso de alzada, por lo que procederá al examen del mismo.

6.2. Problema jurídico

El problema jurídico que se ha planteado y debe ser resuelto por esta Sala de decisión se centra en establecer si las pruebas arrojadas durante el juicio oral es dable predicar, más allá de toda duda razonable, que los señores Gildardo Alberto e Iván Darío Arias Arias realizaron actos libidinosos tales como acceso

carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años respectivamente, en forma violenta a la joven Y.D.C.A, pues, en donde la Juez de primera instancia advierte conocimiento suficiente para emitir juicio de reproche, la defensa técnica de los procesados encuentran falencias en el proceso de valoración probatoria que a su juicio conllevan a una duda a favor de aquellos.

Para efectos prácticos del recurso, se procederá a dar respuesta conjunta a los problemas jurídicos planteados por los apelantes, por ser inescindiblemente vinculados, los cuales serán abordados en el siguiente orden: en primer lugar, se valorará la adecuación típica de los hechos; en segundo lugar, se examinará si conforme a la prueba recopilada en el juicio oral, se puede predicar la existencia de las conductas punible enrostradas a cada uno de los procesados. Establecido lo anterior, se analizará la prueba testimonial, conforme los criterios jurisprudenciales vigentes a fin de determinar si la misma cumple con el estándar exigido para confirmar la condena o en su defecto emitir un fallo absolutorio.

- **De la adecuación típica de los hechos, congruencia y hechos jurídicamente relevantes**

La parte recurrente solicita que el Tribunal estudie la adecuación típica de la conducta endilgada a los procesados, la enunciación de los hechos jurídicamente relevantes y la afectación al principio de congruencia lo que de contera, vulnera el debido proceso, limite material al ejercicio del poder punitivo del Estado.

De entrada se dirá que la Corporación estudiara la ocurrencia de una situación procesal que no puede ser soslayada, amén que dada su trascendencia impone ser aquí estudiada, para despejar el riesgo de dejar por fuera el abordaje jurídico de tópicos que devienen imprescindibles en el camino de dotar de legalidad y suficiencia el fallo judicial en cuestión.

Al respecto, es necesario recordar que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal ha asumido una postura pacífica e insistente en torno de la naturaleza y efectos esenciales de los hechos jurídicamente relevantes, no solo de cara al debido proceso y el derecho de defensa, sino respecto del principio de congruencia, acorde con la exigencia que se plantea expresa en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

En el decurso de estos pronunciamientos, se recuerda también, ha sido detallado que en los casos en los que la imputación o la acusación, o ambas, no contienen una relación clara y suficiente de los hechos que configuran el delito o delitos por los cuales se vincula penalmente o acusa a la persona, la consecuencia necesaria es el decreto de nulidad del trámite, en tanto, esa omisión o ausencia de claridad inciden en la estructura misma del proceso, acorde con el principio antecedente-consecuente; el hito fundamental que representan dichas diligencias en el trámite de la Ley 906 de 2004; y la necesidad de cumplir con mínimos formales instituidos en los artículos 288 y 337 e la Ley 906 de 2004.

Pero, junto con ello, la falta total de claridad, o la confusión, ambigüedad o ausencia de definición de circunstancias concretas y de obligada referencia, incide de manera profunda en el derecho de defensa, en cuanto, impide del imputado o acusado y de su asistencia profesional, adelantar una adecuada tarea de oposición, en tanto no se conoce cuál es, en concreto, la conducta por la que se imputa o acusa.

La congruencia, se ha aclarado por el alto juez colegiado, no corresponde, en principio, a los yerros que se destacan en la configuración de los hechos jurídicamente relevantes, en tanto, si se determina que estos no fueron cabal y adecuadamente referenciados en la imputación o la acusación, se obliga la anulación del trámite por afectación directa del debido proceso y el derecho de defensa.

De manera diferente, si no se detectan las falencias en reseña, pero es demostrado que los hechos jurídicamente relevantes se modifican sustancialmente en la acusación, respecto de los consignados en la imputación; o son los falladores los encargados de tal mutación, la vulneración opera dentro del marco del principio de congruencia, aclarándose, eso sí, que en términos de lo fáctico, la delimitación de lo sucedido se obliga y debe permanecer invariable desde la imputación, lo que no sucede con la denominación jurídica, que es susceptible de modificarse ampliamente en la acusación y con algunas restricciones en los fallos.

Si se atiende de manera estricta a lo postulado por ambos recurrentes, se advierte que su crítica se inscribe dentro de los

líderos del principio de congruencia, en tanto, cada uno en su argumentación, afirma que los hechos jurídicamente relevantes insertos en la audiencia de formulación de imputación fueron variados sustancialmente en la acusación y que, incluso, ello irradió ambos fallos, acorde con los fundamentos disímiles consignados en ellos.

Previo a verificar si de verdad se presentaron las circunstancias referenciadas por el opugnante y cuál es su efecto, se ha de decir que, si bien, no existe discusión acerca de la obligada, en términos de congruencia, concatenación fáctica entre lo referido en la imputación y los hechos detallados en la audiencia de formulación de acusación, ello no implica una identidad absoluta o inamovible, a la manera de soportar que la acusación debe ser una copia de la imputación.

El carácter progresivo del procedimiento penal y los efectos concretos que lo hallado después de la imputación, pueden producir respecto de la conducta endilgada y sus características, permite que se hagan precisiones, ampliaciones o modificaciones, mientras ello no afecte el núcleo central de los hechos jurídicamente relevantes, habilitación que, en el necesario balanceo entre derechos, no implica un sacrificio enorme de aquellos que irradian a la bancada de la defensa. En este sentido, el alto tribunal de la Jurisdicción ordinaria ha precisado, en el radicado 51007, del 5 de junio de 2019:

Aspectos de la premisa fáctica que podrían sufrir variaciones

6.2.4.2.1 Circunstancias de tiempo, modo y lugar que no inciden en el cambio de calificación jurídica

Sucede con frecuencia que en la audiencia de acusación se hacen precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, sin que ello implique la subsunción de los mismos en un tipo penal más gravoso, la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, etcétera.

Ello no solo se aviene al carácter progresivo de la actuación, sino, además, a lo regulado en el artículo 339 sobre las aclaraciones, adiciones o correcciones que pueden hacerse al escrito de acusación. Bajo esas condiciones, difícilmente puede alegarse que el procesado ha sido sometido a algún tipo de indefensión, por el conocimiento tardío de los hechos por los que es llamado a responder penalmente.

(...)

Bajo este presupuesto, la Sala precisó lo siguiente: (i) no puede darse por “sobrentendido” un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría inferirse de los hechos –lo que coincide con lo expuesto en la decisión CSJSP, 21 mar. 2007, Rad. 25862, analizada en precedencia-; (ii) en la acusación no pueden incluirse hechos que tipifican delitos autónomos; y (iii) en esos eventos, la Fiscalía puede solicitar la adición de la formulación de imputación. Sobre esta base, declaró la nulidad de lo actuado, por la violación de las garantías debidas al procesado.

Sin duda, estas reglas se ajustan a lo establecido en el ordenamiento jurídico, toda vez que: (i) no puede afirmarse que los presupuestos facticos de nuevos delitos puedan ser catalogados como “detalles”, en los términos expuestos en la sentencia C-025 de 2010; (ii) aunque el ordenamiento jurídico consagra expresamente la posibilidad de variar la imputación en el sentido de incluir nuevos delitos e, incluso, optar por otros más graves –Art. 351-, también lo es que el mismo texto legal, así como las reglas establecidas por la Corte Constitucional y el desarrollo jurisprudencial a cargo de esta Corporación, establecen que ello debe hacerse a través de la adición a la imputación; y (iii) lo que mantiene un punto de equilibrio entre las necesidades de la justicia y la materialización de las garantías debidas a las partes.

(...)

Del anterior análisis se extraen las siguientes reglas sobre la formulación de imputación: (i) el análisis sobre la procedencia de la imputación –juicio de imputación- está reservado al fiscal; (ii) los jueces no pueden ejercer control material sobre esa actividad, sin perjuicio de las labores de dirección, orientadas a que se cumplan los presupuestos formales del acto comunicacional y a evitar la tergiversación del objeto de la audiencia; (iii) producto de ese análisis, el fiscal debe extraer la

hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debe abarcar el tipo básico, las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad, etcétera, para lo que debe diferenciar los aspectos fácticos y jurídicos del cargo; (iv) el referido análisis, o juicio de imputación, no puede realizarse en medio de la audiencia; (v) en ese escenario la defensa no puede controvertir el juicio de imputación, ni determinar a la Fiscalía para que formule los cargos; (vi) en la audiencia de imputación no hay lugar a descubrimiento probatorio, por lo que el fiscal debe limitarse a la identificación del imputado, a comunicar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y a informar, en los términos previstos en la ley, sobre la posibilidad de allanarse a los cargos; (vii) al efecto, no pueden confundirse los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores y los medios de conocimiento que les sirven de fundamento; y (viii) si el fiscal, por estrategia, pretende descubrir anticipadamente evidencias físicas, entrevistas o cualquier otro tipo de información, debe hacerlo por fuera de la audiencia, para evitar la dilación y tergiversación de la misma

Frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación: (i) los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; (ii) igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; (iii) por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; (iv) como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; (iii) cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de adiclarla; (iv) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación; (v) al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria, según los rangos establecidos en la ley, en orden a salvaguardar el derecho del procesado a contar con suficiente tiempo para preparar su estrategia defensiva; y (vi) los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo.

Lo anterior bajo el entendido de que la imputación es un aspecto estructural del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, no solo por su incidencia en el derecho de defensa, sino, además, porque determina el debate

sobre la medida de aseguramiento, fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación y limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación, sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera, razones suficientes para que la Fiscalía realice esta función con el cuidado debido.

Oportuno es acotar que la acusación “constituye un elemento estructural del proceso, en la medida en que determina el inicio de la fase de juzgamiento, delimita los aspectos fácticos que pueden ser abordados en la sentencia y es el principal referente del tema de prueba, lo que, a su vez, es el punto de partida para el análisis de la pertinencia y los demás aspectos que deben abordarse en la audiencia preparatoria. Estos fines solo pueden alcanzarse con una acusación que reúna los requisitos establecidos en la ley”²

Ello implica que la precisión que se exige al ente acusador de informar al procesado los hechos y circunstancias que se le imputan, con las consecuencias jurídicas que aparejan, es de trascendental importancia para el proceso penal pues habilita el ejercicio pleno del debido proceso y sus correlatos derechos de defensa y contradicción. No por menos es que el artículo 337-2 de la Ley 906 de 2004 prescribe que compete al órgano instructor al acusar “una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”.

Y ello implica que “sólo a partir de conocer con claridad el cómo, cuándo y dónde de la conducta que se le imputa, el sujeto pasivo de la pretensión punitiva puede estar en

² CSJ SP, 11 dic. 2018, rad. 52.311.

condiciones de trazar su estrategia defensiva para invocar una coartada, aducir y acreditar probatoriamente sus exculpaciones, descargos y negaciones, brindar las explicaciones atinentes a su inocencia o menor responsabilidad, todo lo cual deberá ser ponderado en su momento por el juez”³

Con idéntica teleología proteccionista de las garantías fundamentales del debido proceso y derecho de defensa es que la mención precisa, comprensible e inequívoca de los hechos y sus circunstancias importa para los fines de verificación del respeto al principio de congruencia, con consignación positiva en el artículo 448, según el cual “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

Tal premisa demanda la verificación de tres niveles consonantes entre el acto de llamamiento a juicio y el fallo, a saber: fáctico, jurídico y personal, lo cual significa que debe haber concordancia respecto a la identificación del condenado, la descripción de los hechos jurídicamente relevantes y su denominación jurídica⁴.

Y así lo ha entendido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando ha afirmado:

“...se quebranta el principio de congruencia, en el marco de la Ley 906 de 2004, si se está frente a determinadas circunstancias, las cuales fueron compendiadas en la decisión AP4064-2016 y reiteradas en la SP107-2018, esto es, cuando:

³ CSJ SP, 14 ago. 2019, rad. 55470

⁴ Ver CSJ SP, 25 mar. 2015, rad. 45491

“(i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación. (ii) Se condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación.

(iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación.

(iv) Se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación.

Es de anotar que, frente a la primera de las aludidas hipótesis, la Corte tiene dicho también que la vulneración del principio de congruencia, en lo referente a la imputación fáctica, se produce siempre que se desconozca el núcleo esencial de la misma. (CSJ SP, 27 de jul. de 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 de jun. de 2009, rad. 28649; CSJ SP, 15 de oct. de 2014, rad. 41253”.

Es decir que, el principio de congruencia tiene una directa relación con los aspectos fácticos de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, y de estas con el fallo, guardando el respeto de su núcleo esencial, el cual se entiende como el conjunto de elementos que configuran la conducta o conductas delictivas”⁵

Ahora que, no obstante el rigor de exigencia acerca de una imputación fáctica inconfundiblemente enunciada, no puede perderse de óptica que tal apremio tiene como propósito permear caras garantías procesales, que ya se dijo, son el debido proceso y en específico el derecho defensa, bajo el entendido que resulta afrentoso para el sujeto pasivo de la acción penal una descripción de los sucesos catalogados en principio como delictuosos, de manera vaga o imprecisa, porque si eso ocurre se le está impidiendo su consustancial potestad de ejercer sobre esos presupuestos su estrategia defensiva.

⁵ CSJ SP 2143-18, rad. 52321

Quiere significar la Sala, que si acaso acontece, como en este caso, que se quiera cuestionar una indebida imputación fáctica, debe estar demostrado que en efecto tal yerro existió, pero que además el mismo ostenta entidad tal que tenga por virtud impedir, obstaculizar o al menos morigerar la posibilidad del ejercicio defensivo.

Es de precisar, en ese orden de exposiciones, que por causas propias de la dinámica factual o incluso procesal, no resulte fácil para la Fiscalía contar con la información exacta del día en que sucedieron los eventos delictuosos en cuestión y es entonces que frente a esa eventualidad luce extremo para el cumplimiento de los fines de la justicia que se demande con milimétrica exactitud ese dato, so pena de impedir las condignas consecuencias judiciales que se impone emitir, con desdén de que se tiene de un lado por probada la perpetración del delito que se acusa y la responsabilidad de quien lo cometió, y de otro, que respecto a ello al implicado le fue indicado con la indispensable claridad los hechos de los que se le acusa y pudo en consecuencia delinear con suficiente garantía su defensa.

Porque situaciones así suelen con frecuencia ser parte de la práctica judicial, con validez puede afirmarse que para dar por cumplida la obligación de que habla el mentado artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, basta con que, en lo que concierne con la fecha en que tuvieron ejecución los hechos criminosos, el delegado del ente acusador delimite un ámbito temporal razonablemente aproximado en el que los mismos se ejecutaron, más cuando aquí se ha expuesto y además

probado que los desafueros sexuales que se juzgan fueron ejecutados en un día clara e inequívocamente determinado.

Descendiendo al asunto que nos convoca, recordemos que según criterio del impugnante, no resultaba jurídicamente procedente condenar a su defendido, por cuenta de que tanto en la audiencia preliminar de imputación como en el acto acusatorio, la Fiscalía no detalló cada uno de los elementos que integran los hechos jurídicamente relevantes, los cuales serían la transformación o modificación del mundo fenomenológico externo, como consecuencia de la acción de los procesados y las fechas en la cual tuvieron ocurrencia los hechos, máxime “cuando la niña contaba con 10 años de edad, escolarizada, con capacidad mental para señalar el día, el mes, si aconteció en el día o en la noche”.

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 bancada de 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.

Cierto es que se acusó a los procesados por haber perpetrado los desafueros sexuales desde que la menor contaba con 6 años de edad, que Gildardo Alberto empezó a tocarla cuando tenía 5 años de edad y cuando tenía 8 le metía los dedos en la vagina, y en lo que respecta a Darío aquel comenzó con sus

actos impúdicos en contra de su humanidad desde el año 2017, concluyendo más adelante en su exposición:

“Es de anotar que conforme a lo relatado por la menor el señor Gildardo Alberto Arias realiza la conducta desde el año 2011 cuando la menor contaba con 5 años hasta el año 2015 cuando tenía 9 años. El señor Iván Darío Arias comete la conducta en el año 2016 cuando la menor contaba con 10 años de edad”⁶

No obstante, tal exhibición tanto en la formulación de imputación como en la subsiguiente diligencia de acusación, no resulta jurídicamente atendible que ello sea fundamento para emitir una sentencia absolutoria, si se tiene por segura la comisión del delito por parte de los acusados y que los hechos constitutivos del mismo se realizaron en un día determinado, perteneciente al mes de diciembre de una anualidad igualmente especificada, en todo caso cuando la víctima aún no había cumplido los 14 años de edad, que es lo que importa para la juridicidad de la decisión.

Resulta palmario que esa disimilitud fáctica no generó la menor dificultad para que los acusados pudieran ejercer su derecho a la defensa técnica y material, porque además la imputación estaba enriquecida por adicionales datos modales que la hacían inconfundible, como que los hechos sucedían en casa de los hermanos Arias Arias mientras ella se encargaba de cuidar a la mamá de los insanos ciudadanos, referente circunstancial este que por lo demás fue recordado con plenitud por los testigos de descargos, según se desprende de su intervención testifical en juicio.

⁶ Audiencia de formulación de acusación de fecha 01 de noviembre de 2018. Min. 16:55

En síntesis, no se avizora que la falencia de referencia factual le haya ocasionado a los acusados algún tropiezo que le impidiera defenderse, de tal modo ello incontrovertible, como que precisamente la dirección defensiva se develó hacia negar la comisión del delito, y no en nada que concierna a las fechas en que el reato en cuestión pudo haberse perpetrado.

Por otra parte, la Sala considera que la petición de revisión impetrada por la bancada defensiva 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.

Se tiene así que la audiencia de formulación de la acusación tuvo lugar el 1 de noviembre de 2018, vista durante la cual los profesionales en derecho 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, por el contrario, la a-quo a cada los interrogó sobre si existía claridad en la acusación, a lo que aquellos respondieron que existía total claridad con lo señalado en el escrito de acusación, por lo que no realizarían observaciones al respecto⁷.

⁷ Audiencia de formulación de acusación de fecha 01 de noviembre de 2018. Min. 27:30

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 revisión de los hechos jurídicamente relevantes, debido a que la implícita petición de violación del debido proceso, ha sido formulada por fuera de las etapas procesales establecidas para tal fin, lo que en últimas 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....”⁸.

En consecuencia, si como ya se dijo, el principio de congruencia connota, de un lado, el derecho a conocer de manera clara y suficiente los cargos por los cuales se acusa a la persona y de otro, la concordancia entre los consignados en la acusación y aquellos objeto de sentencia, resulta incuestionable que el reproche formulado carece de prosperidad.

Considera el Tribunal que hasta aquí se ha ocupado de desarrollar en su integridad lo concerniente al principal problema jurídico al inicio de esta providencia planteado, queda la Corporación entonces habilitada para avanzar al

⁸ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: Teoría General del Proceso. Página # 43. Reimpresión de la 5ª Edición. Editorial Temis. 2.015.

abordaje de la segunda tensión anunciada, es la indebida técnica del interrogatorio utilizado frente a la menor.

- **Indebida técnica en el interrogatorio a la víctima**

Reclama el apelante que las preguntas formuladas a la víctima por la delegada del ente acusador, sólo evidencian el ejercicio por parte de aquéllos de las atribuciones que les confiere la ley para buscar la satisfacción de sus distintos intereses en el proceso, debiendo los cuestionamientos realizarse mediante preguntas abiertas y no cerradas a efectos de lograr establecer la verdad de lo sucedido, además que las realizadas fueron sugestivas, capciosas e inconducentes.

En consonancia con lo expuesto, debe señalarse que el simple hecho, entonces, de que el ente acusador desestime las sugerencias probatorias de la defensa o no se allane a la forma como dicha representación considera que debe adelantarse el debate probatorio, o como deben cumplirse los interrogatorios, no es de suyo motivo que vulnere sus garantías, o afecte la validez de la actuación, pues, la fiscalía goza de autonomía en el cumplimiento de esta función.

Para que una situación de esta naturaleza pueda tener connotaciones invalidatorias, es necesario demostrar que la fiscalía incurrió en omisiones probatorias trascendentes en el curso del juicio oral, que afectaron los derechos de la menor víctima en cuanto se abstuvo de interrogar a la testigo sobre aspectos basales para la definición del caso, que de no

haberse presentado, habrían modificado el sentido del fallo o variado sus implicaciones jurídicas.

Esta labor argumentativa no es la que conduce el reproche del recurrente, pues se dedica a criticar la forma como la fiscal condujo el interrogatorio de la menor Y.D.C.A en la audiencia del juicio oral, por considerar que no fue la correcta ni adecuada, pero no demuestra por qué, de haber actuado de la forma como ella lo proponía o sugería, la verdad declarada por el juez sobre los hechos habría sido distinta.

Sumado a esto, la situación que denuncia en procura de dar consistencia a sus reclamos no consulta la realidad procesal, pues confrontados los registros de audio se establece sin mayor esfuerzo que en la recepción de este testimonio la fiscal abordó los hechos fundamentales sobre los cuales debían rendir testimonio, y que no es cierto, por tanto, como lo afirma el impugnante, que la funcionaria haya desatendido su objeto.

Por ello, no cabe la menor duda de que el objeto de su práctica se cumplió a cabalidad, pues la fiscal, contrario a lo sostenido por el opugnante, ubicó a la testigo en contexto, sentó las bases fácticas del interrogatorio que pretendía adelantar y preguntó sobre los aspectos fundamentales de su conocimiento directo, que resultaban de interés para el proceso, porque aunque la actividad probatoria del ente acusador de ordinario se dirige a corroborar su teoría del caso, ello no lo limita para que en aras del esclarecimiento de la verdad, ahonde o interroge sobre aspectos vinculados con

hechos que puedan terminar desvirtuando su postura, como en efecto lo hizo.

Las amonestaciones que presenta en relación con la irritualidad del interrogatorio llevado a cabo por la fiscal, por considerar que sus preguntas fueron cerradas, tendenciosas y sugestivas, se quedan, por su parte, en el solo enunciado, pues al margen de sostener de manera general que se orientaban a obtener una determinada respuesta de la testigo, no realiza ningún ejercicio orientado a demostrar por qué razón, dentro del contexto en que se produjeron, resultaban contrarias a la técnica del interrogatorio o la normatividad legal, ni de qué manera la valoración de las respuestas que afirma ilegales incidieron en la decisión que ahora se estudia.

Al margen de lo dicho, el alegato estructurado por la defensa carece de sentido, por lo antes expuesto.

No se demostró el grado de afectación emocional causada a la menor

Para la bancada de la defensa no se logró demostrar el grado de afectación causado a la menor con las conductas a las que fue sometida supuestamente por los hermanos Arias Arias, ya que en la vista pública se le observó serena y tranquila. Además de ello, no se detalló quien fue la persona que logró afectar la libertad, integridad y formación sexual de la menor, pues son dos los procesados, aspecto que no fue dilucidado en la decisión de instancia.

Para la Colegiatura si bien es consciente del cuidado que debe tenerse con menores de edad víctimas de abuso sexual, para evitar la revictimización, lo cierto es que varios son los factores que pueden influir para que ciertos síntomas no se hagan visibles en una menor víctima de abuso sexual, todo ello tiene relación con la edad, lo traumático o no del evento, si fue un solo episodio o fue una conducta a repetición, el apoyo afectivo, emocional que haya recibido con posterioridad a los hechos, puesto que todos estos elementos de ayuda a no dudarlo le van a facilitar que la preadolescente supere con mayor facilidad la experiencia vivida.

A pesar de lo planteado por los recurrentes, la aseveración que ahora plantean es falaz, pues tal como se evidenció del registro de audio, acompañado con el sentir de la falladora de primer grado, la víctima ante preguntas que le hicieran en sede de conainterrogatorio, se notó ansiosa, sollozante y angustiada.

Tampoco es cierto, que en la decisión de primer grado no se detalló los punibles por los cuales cada uno respondería, pues basta detallar el acápite de dosificación punitiva para evidenciar tal situación.

Por último, se quiere hacer significar que se le avala como prueba de corroboración periférica a los dichos de los señores Néstor William Betancourt Orrego, María Rocío Soto de Arias y Dora Inés Arango Orozco, a efectos de darle mayor credibilidad al dicho de la menor, no obstante, existir contradicciones en sus deponencias, a pesar de no exponer cuáles son las mismas. En esa medida, la crítica solo se soporta en un ámbito etéreo de

especulación, pues jamás se allegaron elementos de juicio, o siquiera argumentativos, que permitan suponer que existieron tales contradicciones, de suerte que las mentadas reclamaciones son una afirmación que se queda en el enunciado.

Por tales motivos, la censura analizada no tienen vocación de prosperar.

Los testimonios de los profesionales en la salud que atendieron a la menor no son prueba de referencia

El artículo 437 del C.P.P., señala que es prueba de referencia *“toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”*.

Su admisibilidad es excepcional⁹, pues la práctica probatoria debe acompañarse del principio de inmediación, es decir, que el juez únicamente tendrá en cuenta como pruebas, aquellas que fueron practicadas y controvertidas en su presencia (artículo 379 del C.P.P.); excepcionalidad que obedece además

⁹ 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido. e) *Adicionado por la Ley 1652 de 2013:* Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código. También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

al respeto de la garantía procesal de defensa, contradicción o confrontación del testigo, que incluye según la CSJ SP1664-2018, may. 16, rad. 48284:

“(i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las objeciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a asegurar la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo.”

Por las anteriores razones, el artículo 381 del C.P.P. dispone que la sentencia condenatoria, no podrá fundamentarse de manera exclusiva en prueba de referencia. Ahora bien, cuando de declaraciones de menores de edad se trata, la Corte en SP5290-2018, dic. 5 de 2018, rad. 44564, reiteró su postura¹⁰ proteccionista en procura de salvaguardar el interés superior del menor y el principio pro infans para evitar una segunda victimización de aquellos niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, especialmente de abuso sexual, por lo que las reglas aplicables a la prueba testimonial se flexibilizan para incorporar como pruebas las declaraciones anteriores, así el menor comparezca al juicio oral, ya que bajo algunas condiciones especiales, se estaría ante una situación de “disponibilidad relativa”.

En ese orden de ideas, la Corte en la sentencia SP791-2019 Radicación No. 47140 del 13 de marzo de 2019, analizó un caso en el que la víctima compareció a la audiencia de Juicio Oral, y sin acreditar una situación de “disponibilidad relativa”, se tuvo en cuenta el relato suministrado por la misma a los peritos y

¹⁰ Trayendo como referencia la sentencia SP14844-2015, oct. 28, rad. 44056, reiterada entre otras en SP 9508-2016 47124 de julio 13 de 2016 y SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637

médicos forenses, sin adelantarse además ningún trámite para que se introdujera la prueba de referencia.

Y esto explicó la Alta Corporación al respecto:

“Por claro que parezca, es necesario reafirmar que en el sistema de la Ley 906 de 2004, los actos de investigación son actos preparatorios del juicio. Eso implica que si se aprecia un acto de investigación que no se introduce al juicio cumpliendo las reglas de prueba (descubrimiento, sustentación, decreto, práctica y confrontación), el juez incurre en un error de derecho por falso juicio de legalidad, al infringir el debido proceso probatorio y conferirle carácter de prueba a un acto que jurídicamente no lo es. En este sentido hay que señalar que la fiscalía no empleó la entrevista que la menor le concedió al investigador judicial JUR para impugnar credibilidad. En su lugar pretendió que se tuviera como prueba de referencia, algo inaceptable en este caso, así la testigo sea menor de edad y posible víctima de un abuso sexual, pues dicha opción, en el contexto del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, modificado por el numeral 3 de la Ley 1652 de 2013, ha de entenderse que procede cuando la menor no comparece al juicio, salvo que, como lo ha precisado la Sala en la SP del 11 de julio de 2018, Rad. 50637, la edad, naturaleza del delito y particularidades del menor, justifiquen el uso de las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral, suceso que puede obedecer a la necesidad de protegerlo por su debilidad o para evitar su revictimización, lo cual refuerza la idea de que la excepción a los principios básicos del sistema en temas de prueba de referencia, ha de reducirse a verdaderos casos de necesidad (artículo 438 de la Ley 906 de 2004)”

Más adelante, la Corte rememora la posición del Tribunal en la que se expuso que las entrevistas que reciben los profesionales hacen parte inescindible de una prueba perfectamente estructurada que se practica o agota al momento en que el profesional o técnico acude al juicio y allí rinde la pericia, por lo cual estimó que no podía tacharse como prueba de referencia, ante lo cual la Alta Corporación continuó explicando:

“Esta conclusión, en la que los relatos de la persona examinada se integran a la prueba pericial, es contraria a la jurisprudencia de la Sala, según la cual los relatos sobre la conducta investigada que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas, no son hechos que el experto perciba directamente, razón por la cual estas versiones se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona no pueda concurrir al juicio oral (artículo 437 de la Ley 906 de 2004)”

Hay que hacer claridad sin embargo, en que el precedente indicado se aplica para aquel componente de los dictámenes periciales o técnicos que constituye prueba de referencia y que opera respecto del relato de las víctimas, y no sobre aquello que surge de la percepción propia producto de los análisis y estudios que adelanten los testigos peritos, técnicos o expertos, punto en el cual el Órgano de Cierre penal, tiene decantado de tiempo atrás, entre otros pronunciamientos en el radicado SP 33651 de 18 de mayo de 2011, lo siguiente:

“En segundo término, tampoco son prueba de referencia las atestaciones de los profesionales en psicología y psiquiatría que valoraron a la ofendida, pues su dicho en el juicio oral, complementado con los informes elaborados con anterioridad, constituyen una prueba técnica que involucra conocimientos científicos en su práctica y conclusiones. Sobre el caso de la prueba pericial, aunque es cierto que el dictamen psiquiátrico o la entrevista psicológica suponen que el experto obtiene del examinado una serie de manifestaciones que aquél ha de escuchar y registrar en su informe, ello no permite por sí mismo calificar sus palabras o sus conclusiones como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones de quien es objeto de estudio. Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial. Lógicamente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular le permite al funcionario

judicial comprenderlos y allegar elementos de juicio del orden científico para adoptar una decisión. En consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en psicología o psiquiatría deponga en el juicio oral sobre los hechos del caso particular o la responsabilidad del enjuiciado, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido, pues tal ejercicio le corresponde elaborarlo al juez, conforme los parámetros de la sana crítica”

De los sucesos concernientes a los presuntos abusos sexuales que padeció la menor, para una mejor comprensión, se relacionarán las personas a las que acudió para relatarle los hechos y, al tiempo, se solventarán parte de los cuestionamientos que realiza la bancada de la defensa.

Sandra Liliana Vargas López docente de la Institución Educativa Santa Barbara testificó¹¹ que percibió en varias oportunidades a la menor muy alterada, esgrimiendo *“Los primeros días ella empezó a voltear las manos y con unos movimientos musculares muy fuertes, luego la niña lloraba y lloraba, luego como si perdiera el momento de espacio y teníamos que estar pendientes de que la niña no se fuera sola para el baño, entonces todo el tiempo estábamos en función de la niña porque ella empezaba a llorar y decía que no era capaz de concentrarse y estar en clase y manifestaba verbal y por escrito que ella lo que quería era morir”*¹².

Diana Maritza Correa, docente orientadora encargada de acompañar los procesos orientadores de los estudiantes al interior de la I.E. Santa Barbara, y quien se percató de primera mano la ansiedad generalizada que embargaba a la menor

¹¹ Sesión del 29 de agosto de 2019, min. 10:05 y ss.

¹² Sesión del 29 de agosto de 2019, Min. 30:01 y Ss

producto de los vejámenes sexuales a los que venía siendo sometida por los hermanos Arias Arias, pues así se lo manifestó la infante. Rememora en su relato un episodio donde debió trasladarse con la menor al hospital El Porvenir para que fuese atendida por Psiquiatría, debido al estado de alteración que padecía.

La defensora de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Luz Mary García González, detalló el proceso administrativo que se le siguió a la menor al interior de la entidad, en aras de salvaguardarle sus derechos fundamentales como víctima de abuso sexual.

Por su parte, Claudia Eloina Durango Patiño, psicóloga adscrita al ICBF determinó, después de valorar a la infanta, sus cambios comportamentales eran derivados de los sucesos sexuales padecidos.

La profesional en Psiquiatría Nidia Cristina López Giraldo, explicó lo encontrado en la menor, el cual resumió en *“manifestaciones ansiosas inespecíficas y elementos de estrés postraumático crónico, cogniciones depresivas leves secundarias al presunto abuso sexual continuado, no hay manifestaciones psicóticas, no hay fluctuación en el sensorio, no hay idea suicida expresa al momento de la valoración y cuenta con el apoyo de la familia que no evidenció en una única valoración elementos disfuncionales a nivel intrafamiliar que limiten la permanencia de la menor”*. En concreto en su diagnóstico estableció: *“Depresión leve con desencadenante con elementos de estrés postraumático crónico y víctima de presunto abuso sexual”*.

Destacando, además el grado de ansiedad notorio en la menor.

La Profesional en medicinal general Yesica Paola Morales examinó a la menor cuando llegó al servicio de urgencias, notándole gran ansiedad, depresión, tristeza y llanto fácil, ordenando remisión a trabajo psicosocial y psiquiatría, al observar el grado de depresión que padecía.

El médico legista Oscar David Morales Zapata, en su deponencia a grandes rasgos señaló que al momento de realizarle el examen genital a la menor – concretamente abriéndole los labios mayores, vulva y membrana himeneal– entró en un estado de ansiedad, por lo que debió suspender su estudio, al advertir que con su comportamiento, podía dañar la membrana himeneal. Refirió que lo consignado en la anamnesis es producto de la narrativa de la menor, esto es, los abusos que padecía por parte de unos vecinos de la vereda Galicia.

Se escuchó asimismo, a la profesional en Psicología adscrita al CTI Yarley Rodríguez Rivas, quien narró en la vista pública lo manifestado por la menor al momento de la entrevista que le hiciera bajo el protocolo SATAC.

El anterior recuento permite hacer las siguientes precisiones. Con exclusión de Diana Maritza Correa, Claudia Eloina Durango Patiño, Nidia Cristina López Giraldo, Oscar David Morales Zapata y Yarley Rodríguez Rivas, frente a quienes se hará referencia más adelante, los testigos Sandra Liliana Vargas López (educadora I.E. Santa Barbara) y Luz Mary García González (defensora de

familia), tuvieron un conocimiento fragmentado del presunto abuso a través de lo suministrado por otras personas y no directamente por información que les suministrara la menor. Es decir, son testigos de oídas o *ex auditu*, que significa «aquél que narra lo que otra persona le relata sobre unos hechos», por tanto, lo que pueden acreditar es la existencia de ese relato y la fuente de su información¹³, no el hecho como tal.

En cuanto al valor probatorio otorgado a estos testigos, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal que aunque su capacidad suasoria no está restringida en la Ley 906 de 2004, salvo para soportar exclusiva y únicamente la sentencia condenatoria (tarifa legal negativa), el juez está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esta clase de medios de prueba, «ya que esta especie de testimonio adquiere preponderancia en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material, únicamente cuando es **imposible** obtener en el proceso la declaración del testigo o testigos que tuvieron directa percepción del suceso»¹⁴.

No obstante, en este caso, además de que dichos declarantes no informaron nada adicional –frente al hecho concreto– a lo narrado directamente por la víctima en juicio, su testimonio se reduce, en últimas, al conocimiento que tienen del proceso administrativo llevado a cabo para el restablecimiento de derechos de Y.C.D.A.

¹³ CSJ SP, 11 nov. 2020, rad. 49187; CSJ SP, 16 mar. 2016, rad. 36046; CSJ AP, 18 ago 2010, rad. 34258 y CSJ SP, 4 nov. 2008, rad. 27508.

¹⁴ CSJ AP, 21 may. 2009 rad. 22825, reiterada en CSJ AP, 24 jul. 2017, rad. 48355 y en CSJ AP, 25 abr. 2018, rad. 48328.

Parámetro atendido por la falladora de primer grado, pues de la sola lectura de la decisión fácil se extracta que dichos testimonios no constituyeron el sustento de la condena, siendo este, como logra establecer el a-quo, las declaraciones vertidas en juicio por la niña víctima M.F.P.O. y de los diferentes expertos en Psicología, psiquiatría y demás profesionales.

Faltaron, entonces, los recurrentes a la fidelidad de los actos procesales, que impone de suyo, la obligación de guardar lealtad con la realidad procesal, en tanto no es cierto, como así se afirma en sendos escritos de apelación, que parte de la sentencia se fundamentó en prueba de referencia inadmisibile.

Luego de un episodio de ansiedad suscitado en el colegio donde cursaba sus estudios, la menor relato por primera vez el calvario que padecía a la psicóloga docente orientadora Diana Maritza Correa, a la psicóloga del ICBF Claudia Eloina Durango Patiño, a la profesional en Psiquiatría Nidia Cristina López Giraldo, a la galena Yesica Paola Morales, al médico legista Oscar David Morales Zapata y a la psicóloga del CTI Yarley Rodríguez Rivas, quienes para el desarrollo de su labor entrevistaron a la víctima. De manera uniforme a aquellos testigos, les informó que dos vecinos al lado de su casa de nombre Gildardo a quien le decían Merejo e Iván su hermano le tocaba su cuerpo, senos y genitales, y que uno de ellos Gildardo le había metido los dedos en la vagina.

En el fallo de primera¹⁵, la a-quo aludió a dichas versiones, incluida la suministrada a Sandra Liliana Vargas López y Luz Mary García Gonzalez, para resaltar que las mismas son homogéneas en aspectos sustanciales. Igualmente –a excepción de la rendida ante el médico legista–, constituyeron el sustento de la condena por el punible de acceso carnal abusivo y de actos sexuales con menor de 14 años, ante la revelación de que hubo penetración de los dedos del acusado en el ano y vagina de la niña.

Acorde con lo planteado por los recurrentes, en efecto el testimonio de Yarley Rodríguez Rivas fue considerado como prueba de referencia admisible, pero no respecto de los otros testigos de cargos, por lo que ya pasa a explicarse.

Recordemos que en el presente caso se ha recibido testimonio en juicio oral del Perito Médico Psiquiatra Forense Nidia Cristina López Giraldo, quien interrogado de manera directa por la Fiscalía como testigo de cargo por haber examinado y entrevistado a la menor YDCA, señalando en su declaración cómo la menor hizo un recuento de los hechos vividos por ella, las condiciones de tiempo, modo y lugar de como estos ocurrieron, los hallazgos y conclusiones a los que posteriormente arribó el profesional; entre los aspectos más sustanciales –como quedó anotado– destacó que la versión de los hechos que la menor entregó en esa ocasión se encontraba en correspondencia con un presunto abuso sexual; así mismo que el examen mental practicado a la menor había arrojado rastros de manifestaciones ansiosas inespecíficas y elementos de estrés

¹⁵ Folios 130 y 131.

postraumático crónico, y como hallazgos o conclusiones arribó a que la referida adolescente padecía depresión leve, en su opinión toda esa sintomatología hallaba causa en un presunto abuso sexual dando a entender que el punible que ahora es objeto de estudio realmente acaeció, siendo Y.D.C.A la víctima directa.

También se escuchó la declaración de las distintas psicólogas Claudia Aloína Durango Patiño y Yarley Rodríguez Rivas que valoraron a la preadolescente, quienes determinaron que los cambios comportamentales de aquella eran producto de lo que estaba sucediendo, percepción que compartió el médico legista Oscar David Morales Zapata, misma que compartió en la vista pública. De otro lado, Diana Maritza Correa y Yesica Paola Morales, a pesar de que la menor les contó lo sucedido, percibieron de manera directa el estado de ansiedad y las cortadas que se propinaba en razón a los padecimientos que sufría por los abusos sexuales padecidos.

Esta variedad de testimonios tienen en común que emanan de sujetos que no han podido presenciar directamente los hechos, sucede sin embargo que mientras los primeros de los antes nombrados profesionales de la mente y la conducta humana y el profesional en medicina legal obtuvieron sus conocimientos acerca de los hechos constitutivos del ilícito objeto de pronunciamiento, dentro del ejercicio de sus roles funcionales, entrevistando directamente a la menor YDCA, como punto de partida para establecer si realmente había tenido ocurrencia el abuso sexual en el que aparece como víctima, es decir, teniendo contacto directo y personal con la mentada niña, los

segundos conocieron de los acontecimientos libidinosos estudiados por virtud de lo que percibieron de manera directa, esto es, los estados de depresión, ansiedad, el llanto recurrente, las laceraciones en su cuerpo.

Pues bien, en armonía con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha trazado la línea o precedente jurisprudencial de que no constituye prueba de referencia el testimonio del perito médico, ni el del experto en psiquiatría o psicología, porque éste medio de prueba de naturaleza científica que involucra conocimientos técnicos en su práctica y conclusiones, que son el resultado de la interrelación con personas determinadas, las cuales – en casos como el presente –resultan ser víctimas de delitos sexuales. Al respecto se ha dicho:

“Y aunque es cierto que el dictamen siquiátrico supone una entrevista al examinado, dentro de la cual el experto escucha, registra y analiza las manifestaciones de esta último, ello no permite calificarlo como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, más no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones del sujeto cuyo comportamiento es objeto de estudio por el perito forense. Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de corte científico que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial. Naturalmente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos particulares del caso, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular –en este caso-, el comportamiento humano, en particular el de los menores que han sido víctima de abuso sexual- le permite al funcionario judicial comprenderlos en su verdadero contexto. En consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en sicología o siquiatría deponga en el juicio oral sobre los hechos del caso particular, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido”¹⁶

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de febrero de 2010, radicado 30612. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

Las reglas trazadas por el alto tribunal de justicia penal colombiano, para la valoración judicial de los testimonios rendidos por los peritos forenses, indican que *“las manifestaciones del menor víctima de agresión sexual ante el médico legista - o frente a otros profesionales, tales como sociólogos, psicólogos, psiquiatras, etc. – no constituyen prueba testimonial directa, pero que, sin embargo, dicha versión forma parte integral de la prueba pericial por constituir una unidad estructural con el aspecto técnico de la misma, por cuanto las entrevistas realizadas a los agraviados por los respectivos peritos comportan algunos de los elementos de juicio que tiene al alcance este para elaborar la experticia, de cuyo contenido debe entonces dar cuenta al juzgador”*¹⁷, de suerte que esas evidencias no pueden ser rechazadas aduciéndose falta de originalidad o por constituir “prueba de referencia”, solo que su poder persuasivo debe ser estudiado y analizado de manera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la fuente de su conocimiento y en relación con los demás elementos de convicción que se hayan podido arrimar al proceso.

Para esta colegiatura la información suministrada por la menor, sobre la ocurrencia de los acontecimientos de acto sexual abusivo de la que fue víctima, es totalmente creíble, no ha sido inventada; sus palabras no dejan entrever malicia alguna ni exageración, como tampoco distorsión en lo realmente acontecido. Si se escruta el contexto de su testimonio y se

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Sentencia del 10 de febrero de 2010. Radicado 29.755. MP. Julio Enrique Socha Salamanca

compagina con las diferentes declaraciones de los profesionales en el área de la salud, se advertirá que no existe motivo que permita inferir que dicho testimonio sea espurio, o que haya sido influenciado por sus ascendientes o mayores, ni en sus expresiones aparecen fabulismos, inventivas o imaginaciones que nos pudieran hacer temer que ha venido siendo fantasiosa en las incriminaciones; por el contrario, simplemente se limita a noticiar al proceso los actos libidinosos que le hicieron vivenciar los hermanos Arias Arias, a quienes conocían porque eran sus vecinos, y ella cuidaba de la madre de aquellos.

No obstante lo anterior, la Sala no encuentra soporte a efectos de determinar el delito de acceso carnal abusivo, y ello, pues si bien existe el principio de libertad probatoria, también es cierto que las dudas se resuelven en favor del procesado, y para el caso concreto, al margen de lo expuesto por la menor, el médico legista en su versión manifestó que no pudo realizarle el examen a la menor por los nervios y el estado de ansiedad, revelando un detalle crucial en la investigación, que no quedó resuelto, y esto es, que resolvió dejar inconcluso el examen a efectos de no dañar la membrana himeneal, acaso la misma, ya no estaba dañada cuando el señor Gildardo Alberto le introdujo los dedos en la vagina, lo cual desprendió sangre de ese acto, o si por el contrario, la membrana en mención es distinta a aquella ruptura que se hubiese generado producto de la penetración con el dedo, aspecto que no quedó resuelto.

Lo anterior da entender a la Colegiatura que el médico legista en su estudio pudo evidenciar la membrana himeneal íntegra,

por lo que decidió no avanzar en su examen a efectos de no romperla, lo que nos lleva a recordar, que la jurisprudencia nacional ha cerrado filas en torno a considerar que es absolutamente normal que en las exposiciones de las menores víctimas de delitos sexuales no todo se diga desde la primera vez, y que ellos a medida que amplían su narrativa con frecuencia añaden otros eventos con similar o mayor incidencia en materia penal. Textualmente se ha expresado:

“[...] Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información.”¹⁸ -subrayas y negrilla de la Sala-

Quiere decirse con ello que a nivel jurisprudencial no se ha dado cabida a la tesis – porque no puede tenerse por regla- que cuando un menor agrega o suprime información relevante es porque necesariamente está mintiendo o son falaces sus atestaciones.

En ese orden de ideas, si bien en el proceso no existe prueba alguna que corrobore lo narrado en tales términos por la joven ofendida, por lo que de ser cierto lo declarado por ella, o sea que el procesado le estuvo manipulando la vagina, los senos y le introdujo los dedos botando sangre, de igual manera, con las pruebas habidas en el proceso, no es posible saber sí con tales

¹⁸ C.S.J., casación penal del 23-06-10, radicación 33010.

maniobras se logró franquear el vestíbulo vaginal o el orificio vulvar de la agraviada, para que de esa forma se pueda estar en presencia de un acceso carnal vía vaginal, el cual “se estructura desde el momento en que se ha ingresado en la región vulvar pues esa acción ya descarta el simple roce o tocamiento externo de los genitales femeninos, modalidad que reviste un injusto de acto sexual.”¹⁹; o sí por el contrario dichos actos estuvieron solamente circunscritos a unos simples y meros tocamientos externos de los genitales y los senos de la víctima.

Lo que se tornaba en indispensable para poder distinguir si se estaba en presencia de un acceso carnal o de un acto sexual, como bien lo ha hecho saber la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“No se desconoce la dificultad práctica que pueda generarse, en un caso concreto, para distinguir la conducta que constituye acceso carnal de aquella que configura un acto sexual diverso, debido a la común objetividad que podría revestir el comportamiento: téngase en cuenta que, en últimas, el acceso carnal es una modalidad de acto sexual, tal como se desprende de la redacción de los artículos 206 y 209 del Código Penal; estas normas sancionan la realización de actos sexuales “diversos del acceso carnal” en cualquier persona mediante violencia (art. 206), o bien en persona menor de catorce años, en su presencia o su inducción a esa clase de prácticas (art. 209).

Así, no cabe duda que un tocamiento de connotación sexual, por fuera de las vías vaginal, oral o anal, también puede significar para la mujer un atentado contra su dignidad, intimidad e integridad sexual. El elemento diferenciador está, entonces, en el dolo del agente y también en el grado de afectación del bien jurídico, en el entendido de que el acto de penetración —con el pene, una parte del cuerpo o un objeto— de alguna de las cavidades mencionadas, debido a su idoneidad para ser utilizadas con propósitos sexuales, supone un franqueamiento o interrupción hacia un espacio anatómico que naturalmente se presenta más o menos oculto o cerrado, y cuyo traspaso o

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de enero de 2017. SP666-2017. Rad. # 41948. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.

rebasamiento, por consiguiente, resulta altamente menoscabante de la esfera sexual de la víctima, y representa un mayor grado de agresión o daño al bien jurídico, que aquel que —teniendo también una connotación sexual— no acarrea una penetración, de allí su mayor punibilidad.

El elemento característico del acceso carnal, diferente al del acto sexual, es, entonces, la penetración de la cavidad anatómica vaginal, anal u oral —del miembro viril, de otra parte del cuerpo humano u otro objeto en los dos primeros casos, y el pene exclusivamente en el último—, en el entendido de que el miembro, la parte del cuerpo del agente, o el objeto comprometido en la conducta, se emplea de forma penetrante o de manera sucedánea a la penetración sexual..."²⁰.

A modo de corolario, la Sala es de la opinión consistente en que el Juzgado de primer nivel se equivocó al dar por sentado que con la sola versión absuelta por la menor Y.D.C.A en el proceso estaba demostrado que el procesado con los manoseos y demás tocamientos que le efectuó en la región vaginal y en sus senos e introducirle los dedos sin elemento de corroboración que así lo evidenciara, pudo incurrir en una invasión de la esfera corporal íntima de la víctima que se amoldaba al concepto de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Es así como para la Sala se encuentra debidamente acreditado la existencia de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, como quiera que el señor Gildardo Alberto tocaba el cuerpo de la menor con fines de satisfacción erótico sexuales, intimidándola con decirle a la mamá lo que ella hacía, palabras aquellas, que enervaron completamente su facultad de decidir y disponer libremente sobre su sexualidad, amén que tampoco había alcanzado el límite de los 14 años de edad, que le permiten obtener jurídicamente la capacidad para disponer

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 22 de marzo de 2017. Rad. # 44441. SP3989-2017. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

de su cuerpo. En ese orden, conforme a las exigencias de los artículos 7 y 381 del Código de procedimiento Penal la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, por lo que en ese orden, se deberá modificar la conducta punible por la que fuera condenado el señor Gildardo Alberto Arias Arias.

Cabe señalar que respecto de los eventos que constituyen vulneración del principio de congruencia, ha señalado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“(...) el aludido postulado puede ser infringido por vía de acción o de omisión, cuando el funcionario judicial condena en alguno de los siguientes eventos: (i) por hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; (ii) por un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación; (iii) por el injusto por el que se acusó, pero le adiciona una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad (...) Se violenta el postulado en comento cuando el funcionario agrava la responsabilidad del acusado, ya sea porque adiciona hechos nuevos, suprime causales de atenuación reconocidas en la acusación o incluye agravantes, o modifica desfavorablemente el grado de participación atribuido en ella”²¹ (resaltado fuera de texto original).

Luego entonces, recapitulando de acuerdo con lo argumentado, se demostró más allá de toda duda que GILDARDO ALBERTO ARIAS ARIAS es culpable de actos sexuales con menor de 14 años y no de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en contra de Y.D.C.A en concurso homogéneo, siendo necesario rehacer la dosificación punitiva.

²¹ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Radicado SP 3633-2015, 51.513 del 29 de agosto de 2018. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Aquel que incurra en el delito de Actos Sexuales Con Menor De Catorce Años, prevé el legislador pena de prisión de nueve (09) a trece (13) años, artículo 209 del Código Penal, modificado por la ley 1236 de 2008, que en meses corresponde a un mínimo de 108 meses y un máximo de 156 meses de prisión. En ese contexto el ámbito punitivo de movilidad es de 48 meses, que, dividido en cuatro, es igual a 12 meses, con lo cual se compondrá cada cuarto:

Cuarto mínimo	108 a 120 meses de prisión
Primer Cuarto medio	120 a 132 meses de prisión
Segundo Cuarto medio	132 a 144 meses de prisión
Cuarto máximo	144 a 156 meses de prisión

Partiremos entonces de la base de que el señor Gildardo Alberto Arias Arias no reporta antecedentes penales art. 55 C.P., tampoco se le han deducido circunstancias de mayor punibilidad genéricas de las establecidas en el artículo 58 del Código Penal, luego lo correcto es determinar judicialmente la pena en el primer cuarto punitivo, según lo establecido en el artículo 61 del Código Penal, este cuarto va entre 108 y 120 meses de prisión.

Acorde con lo anterior, la conducta contemplada merece ser reprochada, dado que –como se ha indicado- se ejecutó sobre una menor, siendo que como integrante asociado de la comunidad lo que le correspondía era servir como protector de los derechos que en calidad de sujeto de especial protección le

asistían a la víctima, por simple aplicación o desarrollo del principio constitucional de solidaridad social, y no actuar de manera ignominiosa como lo hizo, transgrediendo los bienes jurídicamente protegidos de la adolescente. Todo lo anterior redundará en que esta Sala de decisión considere pertinente y necesario imponer una pena de CIENTO OCHO (108) meses de prisión.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la existencia de un concurso homogéneo de actos sexuales con la adolescente Y.D.C.A la Magistratura habrá de resaltar que, en el curso de la audiencia de juicio oral, la menor víctima hizo alusión a varios hechos donde el procesado le tocaba sus partes íntimas, de manera que, si bien no se determinaron con claridad las circunstancias de tiempo que rodearon cada una de las conductas sexuales efectuadas por parte de Gildardo Alberto en contra de la libertad y formación sexual de la menor Y.D.C.A., lo cierto es que sí quedó claro que los actos lascivos se llevaron a cabo en varias oportunidades, debiéndose, en consecuencia, condenar al mismo por el concurso imputado. Por tanto, se le impone 6 meses adicionales por el concurso homogéneo tal como lo realizó el a-quo, quedando un total de pena de **CIENTO CATORCE (114) MESES DE PRISIÓN**. En igual término se tasarán la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Como corolario de lo anterior se CONFIRMARÁ la declaratoria de responsabilidad penal emitida contra GILDARDO ALBERTO ARIAS ARIAS, MODIFICÁNDOLA para condenar por actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo, y en

consecuencia se le imponen unas penas de 114 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derecho y funciones públicas por igual término.

En todo lo demás se CONFIRMA la providencia.

Anotación final

La Magistratura hace un llamado de atención a la oficina de apoyo judicial y al Juzgado de instancia, para que en lo sucesivo allegue con mayor prontitud los recursos interpuestos por las partes, toda vez que el Juzgado 2 Penal del Circuito de Rionegro ordenó la remisión del expediente ante esta Corporación el día 10 de junio de 2020 y según el acta de reparto de la oficina de apoyo judicial de Medellín, el mismo arribó en fecha 3 de febrero de 2021, siendo repartido a esta agencia judicial el día 8 de febrero calendadas.

Sin que se precise de más consideraciones, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA PENAL DE DECISION**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

8. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la declaratoria de responsabilidad penal emitida contra GILDARDO ALBERTO ARIAS ARIAS, MODIFICÁNDOLA para condenar por actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo, imponiéndosele una pena

114 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derecho y funciones públicas por igual término.

SEGUNDO: En todo lo demás, se **CONFIRMA** la sentencia recurrida impugnada.

TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA**

(En licencia no remunerada)
**LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA
MAGISTRADO**

**PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**00d998be85572875b930e1916ba6eb5da62764cb02ecc747b40e0
d513eedc0d2**

Documento generado en 25/11/2021 05:29:44 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**