



*República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Penal*



LEY 906 DE 2004
CAUSA PENAL: SENTENCIA
M.P.: Luis Felipe Colmenares Russo
Febrero Cinco (5) de dos mil Dieciséis (2016)
CUI.: 08001-60-01055-2013-04624-00
Ref. Tribunal: 2015-00186-P-CR
Aprobado por Acta No.: 041

Anotados los intervinientes en el registro, procede la Sala a dictar sentencia de segunda instancia en el siguiente:

1. - ASUNTO

Resuelve la Sala el RECURSO DE APELACIÓN impetrado por (i) el defensor del procesado Dr. RIGOBERTO MIGUEL PALENCIA SEVERICHE y (ii) la Agente del Ministerio Público Dra. MIRIAM ACOSTA HORMECHEA, en contra de la sentencia proferida el diez (10) de Agosto de 2015 por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA, por medio de la cual se condenó a JAIME ENRIQUE DÍAZ JERONIMO, por el punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO de la cual resultó víctima la menor RMTP (Con base en el artículo 47, numeral 8, de la Ley 1098 de 2006, se omite divulgar los datos que identifiquen a la infante).

En la decisión se resolvió: (a) imponerle la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, (b) la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la sanción principal, (c) no se le concedió ningún beneficio amén del artículo 199 de la Ley 1098/06 y (d) no lo condenó por daños ni perjuicios.

2. - LOS ANTECEDENTES

2.1- LOS HECHOS

Se desprende de la carpeta que, el 9 de Junio de 2013 siendo aproximadamente las 04:00a.m., cuando unos policiales se encontraban realizando labores de vigilancia y control sobre la carrera 28 con calle 28 barrio San Roque, una señora les hizo un llamado señalando a una persona de contextura delgada, que vestía bermuda de cuadros grises con blanco y camisa marrón, manifestando que era

su vecino y respondía al nombre de JAIME DÍAZ JERONIMO, de quien se dijo que había ingresado a una habitación de su vivienda, donde se encontraba su hija y había abusado de ella.

2.2 SINOPSIS PROCESAL

Luego de materializada la aprehensión de JAIME ENRIQUE DÍAZ JERONIMO, fue puesto a disposición del JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BARRANQUILLA el diez (10) de Junio de 2013, ante el cual se llevó a cabo la audiencia concentrada de: (i) legalización de captura; (ii) formulación de imputación, en cuyo momento se le atribuyó ser el posible autor del punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS (Art. 209 C.P.); y, (iii) solicitud de medida de aseguramiento, que le fue impuesta en el centro carcelario y penitenciario el Bosque de esta ciudad.

Una vez radicado el escrito de Acusación le correspondió conocer de la actuación al JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA, llevándose a cabo la Audiencia el veintitrés (23) de Septiembre de 2013, en contra de JAIME ENRIQUE DÍAZ JERONIMO por el punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO (Art. 209-211 N° 2 C.P.)

Por su parte la Audiencia preparatoria se realizó el veintiuno (21) de Octubre de 2013, momento en que se ordenó la práctica probatoria deprecada por la Fiscalía y se rechazaron las peticiones de la defensa.

Seguidamente, el Juicio Oral se desarrolló desde el seis (6) de Diciembre de 2013, hasta el primero (1) de Junio del 2015, día este último en el que se emitió sentido de fallo condenatorio, profiriéndose la decisión el diez (10) de Agosto de 2015.

2.3- LA SENTENCIA APELADA

El JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA, por medio de sentencia adiada diez (10) de Agosto de 2015 condenó a JAIME ENRIQUE DÍAZ JERONIMO, por el punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO.

En la decisión se resolvió: (a) imponerle la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, (b) condenarlo a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la sanción principal, (c) no concederle ningún beneficio amén del artículo 199 de la Ley 1098/06 y (d) no condenarlo por daños ni

perjuicios, de la cual resultó víctima la menor RMTP (Con base en el artículo 47, numeral 8, de la Ley 1098 de 2006, se omite divulgar los datos que identifiquen a la infante).

La Juzgadora de Primera Instancia arguyó como elemento central el hecho de que había quedado demostrado la plena responsabilidad del acusado en el punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO, de conformidad a lo establecido en los artículos 209 y 211 N° 2 del Código Penal.

En ese sentido, precisó la Juez a-quo que, JAIME ENRIQUE DÍAZ JERONIMO se aprovechó de la menor al encontrarse ésta dormida. Sumado a que, en efecto, la conducta es agravada pues el responsable tiene un carácter o posición dominante sobre la víctima, por su edad y ser amigo de la madre allegado a esa residencia, lesionando de esa forma el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, al abusar de la menor de edad y su capacidad de discernimiento y consentimiento válido, causándole traumas psicológicos.

Sobre la Inimputabilidad pretendida por el apoderado del procesado, manifestó la Juez a-quo que, no puede ser presumida; sino que debió de ser probado a través de examen médico legal que indique dicha circunstancia, pues contrario a lo dicho, se observó que de tiempo atrás, el encausado, venía acechando a la niña para que se dejara tocar. Por todo lo anterior, se precisa que la conducta fue desplegada con culpabilidad, tipicidad y antijuridicidad condenándolo conforme viene establecido.

2.4- LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

2.4.1. DE LA DEFENSA

El Dr. RIGOBERTO PALENCIA, apoderado del procesado, apeló la sentencia de primer grado, para ello, arguyó que no concurre la agravante impuesta a su prohijado. Todo, por cuanto DÍAZ JERONIMO, era un simple ciudadano que de vez en cuando llegaba a la vivienda en el que se indica que realizó el acto de tocamiento erótico, de tal forma que expresa que no se puede elevar a la categoría de agravante. Ello, pues el legislador exige que la persona que ejecuta el acto tenga alguna autoridad y se aproveche de ella ejecutando el acto perverso por el que se condena.

Así las cosas, al no tener el sentenciado dicha calidad, no es posible imponer el agravante genérico por el sólo hecho de vivir al frente a la casa de la menor.

2.4.2. DEL MINISTERIO PÚBLICO

La delegada del Ministerio Público, apeló la decisión de primera instancia, argumentando que DÍAZ JERONIMO había carecido de una defensa técnica idónea, pues específica que el procedimiento vendría entonces adolecer de nulidad, puesto que no se respetaría la garantía del procesado a ser asistido por una defensa que hiciera valer sus intereses en forma cabal dentro de la actuación.

Así mismo, exterioriza que puede observarse que el defensor inicial no tuvo ninguna intervención significativa en las audiencias de acusación y preparatoria, que no se hizo el intento ni se concretó alguna maniobra de prueba que desplegara una estrategia defensiva debida y diligente. En tal sentido, que si bien, entiende que el silencio es una forma válida de defensa, no es menos cierto que el proceso penal se concreta en la posibilidad que tienen las partes de pedir y aportar pruebas, controvertirlas y allegarlas. De ahí que, precisa no le era dable a la Juez como directora del Proceso omitir eficazmente la garantía del derecho de defensa de DÍAZ JERÓNIMO.

Por su parte, como elemento a tener en cuenta, informa que no se desvirtuó la presunción de inocencia, siendo que debía aplicarse el principio de que toda duda se resuelve a favor del reo; y al analizar las pruebas, pudo concluir que éstas no apuntaban a pensar que la menor había sido víctima del referenciado abuso, más cuando le parece sospechoso que existiera un cambio de comportamiento de la víctima, al poder describir ésta sin inconvenientes los hechos, siendo que por su grado de aflicción y sensibilidad son de difícil asimilación.

En forma subyacente y en caso de que no prosperan las alegaciones anteriores y se mantuviese la condena como viene impuesta, solicitó que se eliminara el agravante de que trata el Artículo 211 N° 2 del Código Penal, habida cuenta que las situaciones personales del procesado no se acompañan con la misma.

2.5 NO RECURRENTE

2.5.1 FISCALIA

La Fiscalía Doce Seccional –CAIVAS-, solicitó confirmar íntegramente el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta lo esbozado en los alegatos conclusivos. De esa forma, precisó que: (i) lo sustentado por la defensa resultó fantasioso y exagerado al pretender diferenciar la posición dominante de un funcionario público o su equivalente a las calidades de un ciudadano común, y así determinar que este último no logró que la menor depositara en él su confianza, cuando el acervo

probatorio demuestra lo contrario, y (ii) sobre los argumentos del Ministerio Público, advierte que está basado en suposiciones.

3. - CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1- COMPETENCIA

La Sala resulta competente para dirimir la impugnación planteada y cabalgará sobre los temas exclusivamente materia de la apelación y los inescindiblemente ligados a ello como enseña la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Código de Procedimiento Penal ley 906 de 2004, en sus normas concordantes.

3.2. DEL CASO CONCRETO

Corresponde a la Sala resolver el RECURSO DE APELACIÓN impetrado por (i) el defensor del procesado y (ii) la Agente del Ministerio Público, en contra de la sentencia adiada 10 de Agosto de 2015, proferida por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA, por medio de la cual se condenó a JAIME ENRIQUE DÍAZ JERONIMO, por el punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO de la cual resultó víctima la menor RMTP (Con base en el artículo 47, numeral 8, de la Ley 1098 de 2006, se omite divulgar los datos que identifiquen a la infante).

En la decisión apelada se resolvió: (a) imponerle la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, (b) condenarlo a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la sanción principal, (c) no concederle ningún beneficio amén del artículo 199 de la Ley 1098/06 y (d) no condenarlo por daños ni perjuicios.

Revisada la carpeta se observa que se trata de dos apelaciones, a saber; (i) la de la defensa, quien discrepa basicamente de la agravación con base en la que viene condenado su poderdante, ya que a su juicio quienes fungen como procesado y víctima no tienen ningún parentesco y que aquél está en estado de marginalidad social, de modo que debe eliminarse la agravante de que trata el Artículo 211 N° 2; y (ii) la del Ministerio Público, quien hizo dos solicitudes principales, que consisten en que: (a) una solicitud de nulidad en punto de la falta de defensa técnica que hiciera valer los derechos del acusado, sobre todo en las audiencias de acusación y preparatoria, en las cuales no hay registro de solicitudes probatorias, etc.; (b) debe prevalecer el principio de *indubio pro reo*, en virtud de que la menor víctima posee cierta inmadurez mental, de modo que no podía responder en debida forma las acusaciones en contra del procesado,

sumado a que no hay más pruebas basada en los testimonios que permitan erigir una condena como se ha impuesto, sobre los que se duele de las atestiguaciones dadas por la madre de la infante; y, en forma subsidiaria solicito que en caso de no prosperar aquéllas peticiones y de mantenerse la condena lo sea con la eliminación del agravante en mención.

Vistas las apelaciones, que tienen orientación diferentes, ya que mientras el Ministerio Público pide que se nulite la actuación, o se absuelva al procesado amén de la presunción de inocencia y en el peor de los escenarios se elimine la agravante con la que viene condenado y es ésta última solicitud la que precisamente eleva el apoderado del procesado; sería ordenado resolver la nulidad como primera medida para conservar orden lógico y argumentativo.

Debe decirse desde ya que, no comparte la Sala la pretensión de nulidad del Ministerio Público, entre otras razones porque su función o papel dentro del proceso no puede ir más allá de las pretensiones de parte, como lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia en reiterados fallos y decisiones, a saber:

En la Sentencia con radicado N.º 32868, del 10 de Marzo de 2010 se precisó que:

“(…) ES NECESARIO PRECISAR EL CARÁCTER ESPECIAL DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DENTRO DEL PROCESO PENAL DE TENDENCIA ACUSATORIA ESTABLECIDO MEDIANTE LA LEY 906 DE 2004, DEFINIDO EN PRINCIPIO COMO UN SISTEMA ADVERSARIAL O DE PARTES, EN EL QUE SE HA DE SER ESPECIALMENTE CUIDADOSO PARA EVITAR QUE LOS OTROS SUJETOS INTERVINIENTES EN EL TRÁMITE –MINISTERIO PÚBLICO Y APODERADO DE LAS VÍCTIMAS- DESEQUILIBREN ESA ESTRUCTURA.

(…)

En suma, **LA NATURALEZA Y EFECTOS DEL NOVÍSIMO PROCEDIMIENTO INSERTO EN LA LEY 906 DE 2004**, que desde luego, no corresponde a un sistema acusatorio “puro”, como ya se tiene claro, al extremo de facultar la intervención del ministerio público en calidad de interviniente, cuando menos acota esa facultad de la Procuraduría en sede de casación, para efectos de que, si no se trata del impugnante, **SU POSIBILIDAD DE INTERVENCIÓN SE LIMITE, EN RESPETO PROFUNDO POR EL PRINCIPIO DE ADVERSARIALIDAD QUE LO RIGE, TRASUNTADO EN NORMAS PRECISAS QUE DE NINGUNA MANERA ESTABLECEN EXPRESA O TÁCITAMENTE LA FACULTAD DE PROPONER, MOTU**

PROPIO, TESIS O CARGOS AJENOS A LO QUE LA DEMANDA CONSIGNA, ENTRE OTRAS RAZONES, PORQUE, EN CUANTO INTERVINIENTE, NO POSEE UNA TEORÍA DEL CASO ESPECÍFICA, NI MUCHO MENOS, PRETENSIÓN INDIVIDUAL.

Es necesario precisar que, en efecto, el sistema acusatorio colombiano posee connotaciones particulares que lo distancian de otros países o, para decirlo de otra manera, impiden matricularlo en alguno de los existentes, **ADVERTIDA COMO SE HALLA LA CORTE QUE EL DESARROLLO LEGISLATIVO CONSIGNADO EN LA LEY 906 DE 2004, TOMA INSTITUCIONES PROPIAS DEL SISTEMA ANGLOSAJÓN Y OTRAS DEL CONTINENTAL EUROPEO, E INCLUSO, COMO SUCEDERÍA CON LA FACULTAD DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO, ADOPTA FIGURAS SUI GENERIS.**

(...)

ENTONCES, SI EL LEGISLADOR ENTENDIÓ NECESARIO INTRODUCIR UN AGENTE SI SE QUIERE EXTRAÑO AL PROCESO PENAL DE CORTE ACUSATORIO, ES TAMBIÉN CLARO QUE PARA PRESERVAR ESOS PRINCIPIOS, O CUANDO MENOS, IMPEDIR QUE NAUFRAGUEN, ACOTÓ O LIMITÓ LA POSIBILIDAD DE ACTUACIÓN DE ESE INTERVINIENTE, PARA QUE, DE UN LADO, SEAN ASPECTOS TRASCENDENTES LOS QUE OCUPEN SU LABOR AL INTERIOR DEL TRÁMITE, Y DEL OTRO, NO TERMINE CONVIRTIÉNDOSE EN UNA PARTE O ADOPTANDO LA POSICIÓN INDIVIDUAL Y SUBJETIVA DE ALGUNA EN PARTICULAR, ROMPIENDO ASÍ EL EQUILIBRIO DE LOS ACTORES DEL PROCESO Y, POR ENDE, DESNATURALIZANDO ABSOLUTAMENTE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS”. (Destacado de la Sala).

En sentido similar, en sentencia con radicado N° 41.534, del 30 de abril de 2014, se dijo que:

“De tal forma que **LA INTERVENCIÓN DE LA PROCURADURÍA DEBE CEÑIRSE AL RESPETO DE ESAS REGLAS PROPIAS DE UN PROCESO COMO ES DEBIDO, SIN QUE, POR TANTO, EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES LE ESTÉ PERMITIDO QUE SUPLA LAS TAREAS QUE SON EXCLUSIVAS Y EXCLUYENTES DE LAS PARTES, PUES, ADMITIR TAL SUPUESTO, COMPORTARÍA FACULTARLA PARA DESEQUILIBRAR LA BALANZA EN BENEFICIO DE UNA CON EL CORRELATIVO PERJUICIO DE LA OTRA**”. (Destacado de la Sala).

Así mismo, en el Proceso N° 12927, del 27 de febrero de 2003 se acotó que:

*“19. De igual manera, tampoco debe la Sala pasar desapercibido el criterio del Delegado según el cual, no obstante advertir la ausencia de interés del demandante para una propuesta similar, entiende que **POR LA NATURALEZA DE ORDEN PÚBLICO DE LAS NULIDADES LE CORRESPONDÍA OCUPARSE DEL ASUNTO, PUES ESO, EQUIVALE A CONFUNDIR LA IMPERATIVIDAD Y OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS QUE RIGEN LA MATERIA CON LA OFICIOSIDAD QUE CASACIÓN LE CONFIERE LA LEY A LA CORTE CUANDO ADVIERTA SU PRESENCIA. ADMITIR LO CONTRARIO, ES PERMITIR QUE EN MATERIA DE NULIDADES CUALQUIER SUJETO PROCESAL SE ENCUENTRA FACULTADO PARA ASUMIR UNA ESPECIE DE AGENCIAS OFICIOSAS A FAVOR DE TERCEROS QUE LA LEY NO PERMITE NI CONTEMPLA**”.* (Destacado de la Sala).

En este mismo orden, en la decisión con radicado N° 21340, del 22 de octubre de 2003, arguyó que:

*“**CUANDO UNA DECISIÓN ES IMPUGNADA Y SE ACUDE A LA PETICIÓN DE NULIDAD POR AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DEL PROCESADO, ES MENESTER DEMOSTRAR QUE CON LA ACTUACIÓN O CON LA DECISIÓN JUDICIAL SE HA CAUSADO UN PERJUICIO Y QUE CON LA INVALIDACIÓN Y SUBSIGUIENTE RECOMPOSICIÓN DEL TRÁMITE SE OBTIENE UN BENEFICIO O UNA VENTAJA**”.* (Destacado de la Sala).

De otra parte, la doctrina y la jurisprudencia en relación con las nulidades ha enseñado que, la nulidad debe alegarla el sujeto procesal parte en este caso interviniente que se haya visto afectado directamente por la situación irregular del proceso, luego el Ministerio Público como interviniente especial que es no tiene interés directo sino a través de la legalidad no puede alegar nulidad en su favor puesto que no tiene interés directo dentro del proceso.

De manera que, no queda duda en torno a que el Ministerio Público tiene un papel de interviniente especial, acorde con los artículos del 109 al 112 del Código de Procedimiento Penal y conforme a los lineamientos jurisprudenciales que existen y los que se mencionan, y siendo que las funciones sus funciones aparecen el artículo 111, no existe taxativamente en tal articulado la pretensión de nulidad. Sin embargo, en aras de la ley en situaciones extremas pudiera ser que el Ministerio Público advirtiera al Juez de ciertas irregularidades en punto de corregir ciertos actos, no obstante, la naturaleza de pretensión que

aquí se ha elevado es del carácter de interés, pues ni siquiera la defensa ha alegado en su consideración que hubo falta de defensa técnica es porque la actitud inicial pudo corresponder a una verdadera estrategia, ahora.

En consecuencia, era mayormente viable que dada la circunstancia solicitara la absolución del procesado, alegando dicho sea de paso la falta de defensa técnica, empero, el sistema es de partes, basado en la igualdad de armas y esta pretensión del Ministerio Público, planteada de esa manera, rompería la igualdad de armas, desquicia el equilibrio de posibilidades que debe mantenerse, cuidarse por el Juez y los demás operadores judiciales al interior del proceso penal.

La Ley y la dinámica del procedimiento deberá garantizar y hacer prevalecer la igualdad de las partes, de manera tal que cuando el Ministerio Público pretende una nulidad como en el sentido de la que nos ocupa, está definitivamente tomando partido en forma inusitada, es decir inclinando su posición en favor de la defensa puesto que ello resulta al final del proceso siendo que no fue advertido antes, inclusive en desarrollo de las diligencias en las que hubiese participado, para efectos de que se recompusiera la situación si en realidad de verdad según su saber y entender se estaba vulnerado o afectado el derecho de defensa del procesado, puesto que la defensa puede ser instada por el juez o las demás partes a que asuma su papel con más acercamiento al principio de legalidad y del debido proceso, es decir, si en su real entender se estaría vulnerando o afectando el derecho de defensa del procesado, debió haberse hecho una advertencia previa durante las distintas audiencias, cosa que la Sala no entiende que hubiera sucedido así.

De hecho, cuando los sistemas acusatorios que quizá como bien lo ha explicado la doctrina y la jurisprudencia son más antiguos que los sistemas inquisitivos, no obstante retomándose los mismos en la modernidad y habiendo cambiado muchos países, durante los últimos 30 años no sólo de América Latina sino de la misma Europa Continental como España y parte de Italia, pero también Chile, México, Argentina y Colombia entre éstos últimos, dentro de una concepción mayormente dialéctica, hacia un proceso más rogado caracterizándolo como de parte, en el entendido que las partes responden por sus pretensiones manifiestas.

Es por estas razones que debemos insistir en que al Ministerio Público no le compete por sí sólo plantear este tipo de pretensiones, convirtiéndose eventualmente en un defensor más, bien hubiera podido coadyuvar en el caso de que la defensa u otro sujeto procesal así lo hubiera planteado, pero en ningún caso a motu propio y en forma individual, puesto que en el orden en el que se viene planteando

la idea se desequilibra el sistema procesal y se resquebraja de alguna manera la igualdad de partes.

No obstante lo anterior y en aras de desatar en forma oficiosa el fondo para garantizar una respuesta procesal de la propuesta que erradamente elevó la agente del Ministerio Público, se debe precisar que, la falta de defensa técnica tiene aspectos objetivos y subjetivos que verificar, entre otros tiene que descartarse claramente que la misma no sea producto de esa estrategia deliberada de la defensa de la que se viene hablando; dicho de otra manera, los representantes de las partes o abogados en ejercicio se someten y sujetan según manifiesten ruegos y pretensiones al interior del proceso, de no hacerlo se entiende que literalmente asumen las consecuencias del mismo en las decisiones, es decir, el ejercicio de la defensa técnica tiene ahora otras aristas y bien puede ser perfectamente pasiva como política de intervención y ello no puede ser visto con la misma óptica que era observado en el sistema anterior o tradicional llámese acusatorio, inquisitivo o mixto, según el cual las funciones de Fiscalía o rol investigativo acusatorio bien se podían confundir con el rol de Juzgamiento del sentenciador puesto que el Juez perfectamente podía intervenir en los términos definitivos de la acusación (Art. 44 Ley 600/00) y el Fiscal perfectamente se concebía como un investigador y Juez en la etapa instructiva o sumario, puesto que como se sabe toma las decisiones de fondo que allí se plantea verbigracia la ley 600 de 2000 que aún se encuentra vigente.

Y, aquí no se ha comprobado fehacientemente que no haya habido defensa, máxime que el procesado ha estado siempre representado por un defensor técnico, y ninguno de estos ni antes ni ahora han pretendido nulidad por falta de defensa técnica, ni la han alegado. Véase que, DÍAZ JERONIMO estuvo apadrinado en la audiencia acusación por (i) el Dr. AQUILES ESCALANTE CORREA, dicho sea de paso abogado contractual y en cuyo escenario NO hizo objeción alguna, NO solicitó aclaración, NO pidió corrección; mismo togado que lo apadrinó durante la audiencia preparatoria, en la que a saber señaló que (a) se sujetaba a los elementos que estaban en la carpeta y que emanaban de la Fiscalía General de la Nación; (b) solicitó las mismas pruebas que el ente acusador, sencillamente enunciándolas, sin hacer ninguna argumentación al respecto. Las mismas que como se dijera en el acápite de la sinopsis procesal fueron rechazadas por la Juez *a-quo* por no haberse solicitado en debida forma.

De modo que, no refulge veraz lo expuesto aquí en este sentido por la representante del Ministerio Público, ya que sí hubo algún tipo acción y si se quiere considerar alguna forma de omisión por parte de la defensa, en uno y otro modo se trató de una actividad propia de la bancada de la defensa que tiene la calidad de parte, repetimos, y

como tal puede asumir dentro del universo de las posibilidades la estrategia que a bien tenga atinada o no, eso no se puede precisar, y ello pertenece a la órbita de ese sujeto procesal, que le es propia, reservada y se presume previamente acordada con su poderdante, sobre todo si media una relación contractual.

Más aún, si desde el punto de vista de la agente del Ministerio Público que se viene tachando la forma como desplegó su accionar Dr. AQUILES ESCALANTE CORREA, durante las audiencias de acusación y preparatoria, debió al menos precisarse cómo y de qué manera tenía que actuar aquél en procura de sacar adelante la situación del acusado, sin embargo no se plantearon situaciones hipotéticas de valoración, que de todas maneras no trascienden del plano subjetivo, en consecuencia no se sabe a ciencia cierta si hubo o no una inactividad trascendental o deliberada como lo sugiere la apelante, y en cambio se nota a simple vista una política de intervención de parte del profesional del derecho. Sobre este asunto ha precisado la Corte Suprema de Justicia en Auto con Radicado N° 40977 del 28 de agosto de 2013 y Auto radicado N° 41584 del 11 de septiembre de 2013, que:

*“En esa medida, de manera sucinta dígase que **CUANTO SE RECLAMA LA NULIDAD DE LA ACTUACIÓN POR LA INACTIVIDAD DEL DEFENSOR, SE IMPONE PRECISAR CUÁLES HABRÍAN SIDO LOS EJERCICIOS QUE DEBIÓ ADELANTAR EL ABOGADO, ESPECIFICÁNDOLOS Y A SU VEZ MOSTRANDO LA REALIDAD QUE SE DERIVARÍA A CONSECUENCIA DE LA INTERVENCIÓN DEL PROFESIONAL DEL DERECHO.**”* (Destacado de la Sala).

De allí que el papel activo de la defensa técnica que se reclama necesariamente exigible por parte de la agente del Ministerio Público en las audiencias de acusación y preparatoria no funge como cimiento amén del cual se pueda edificar una nulidad, sobre todo porque aquél lo es de manera imperativa pero para la dinámica del juicio, pero igualmente su no frecuencia en muchos casos tampoco genera nulidad y así lo ha dicho la Alta Corte, como por ejemplo en los Autos del 28 de Septiembre de 2006, con radicado N° 25247, y 39394 del 27 de Febrero de 2013, que señalan que:

*“Para empezar, es necesario señalar que, sustentado el cargo no en la inactividad de la defensa, sino en su inadecuado ejercicio, la inconformidad del impugnante resulta per se inatendible porque, conforme lo tiene dicho la Sala, en sede de casación no resulta dable juzgar el acierto o desatino de la gestión profesional de los defensores que precedieron al actor, pues **CADA LETRADO TIENE SU PARTICULAR FORMA PARA AFRONTAR LA LABOR ENCOMENDADA, SIN QUE SEA FACTIBLE DETERMINAR EN FORMA**”*

IRREBATIBLE CUÁL PUDO SER LA MEJOR Y MÁS AFORTUNADA ESTRATEGIA DEFENSIVA. (Destacado de la Sala).

A su vez, en la sentencia con radicado N° 41.511 del 4 de Diciembre de 2013 se acotó que:

3.3. CUANDO LO ACUSADO, EN CONCRETO, ES LA AUSENCIA DE DEFENSA TÉCNICA DERIVADA DE LA IMPOSIBILIDAD DE ALLEGAR PRUEBAS O CONTROVERTIR LAS ADUCIDAS EN CONTRA DEL PROCESADO, O DE EJERCER TODOS AQUELLOS ACTOS DESTINADOS A LA DEFENSA PERMANENTE Y SUFICIENTE DEL MISMO DURANTE LAS FASES DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO, EL REPARO SE DEBE CONSTRUIR MÁS ALLÁ DE LA SOLA OBJETIVACIÓN DE LA SUPUESTA IRREGULARIDAD, EN TANTO, UNA ACTITUD PASIVA DE LA DEFENSA MATERIAL O CALIFICADA, BIEN PUEDE OBEDECER, PERFECTAMENTE, A LA ESTRATEGIA IMPLEMENTADA EN ARAS DE SALVAGUARDAR LOS INTERESES DEL ENCAUSADO. (Destacado de la Sala).

Al mismo respecto, ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación Casación de Marzo 15 de 2001. Rad. 13372, de Junio 13 de 2002. Rad. 11324, y 22 de Julio de 2010, radicación 30.525 que:

“3.3.- DE OTRA PARTE HA SIDO DICHO, QUE SI SE ALEGA LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA, SE IMPONE DEMOSTRAR QUE EL PROCESADO CARECIÓ TOTALMENTE DE ASISTENCIA PROFESIONAL DURANTE LAS FASES DE LA INVESTIGACIÓN O EL JUZGAMIENTO POR FALTA DE DESIGNACIÓN DE UN ABOGADO, O QUE PESE A CONTAR NOMINALMENTE CON UNO, EL PROFESIONAL ENCARGADO DE SU EJERCICIO DESATENDIÓ POR COMPLETO LOS DEBERES QUE EL CARGO LE IMPONE, GENERANDO UNA SITUACIÓN DE DESAMPARO TOTAL DEL IMPUTADO.
(...)

A este respecto **NO PUEDE OLVIDARSE QUE EL DEFENSOR, SEA DE CONFIANZA, DE OFICIO O VINCULADO AL SERVICIO DE DEFENSORÍA PÚBLICA,** en ejercicio de la función de asistencia profesional goza de total iniciativa, pudiendo presentar las solicitudes que considere acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso a pesar de tener una actitud vigilante del desarrollo de la actuación, asumir una pasiva por estimar que esa puede ser la mejor alternativa de defensa, y **NO POR ESTAR EN DESACUERDO CON LA ESTRATEGIA ASUMIDA, O HABER SIDO ADVERSOS LOS RESULTADOS DEL JUICIO, HAY LUGAR A**

SOSTENER QUE EL DERECHO DE DEFENSA HA SIDO VIOLADO POR AUSENCIA DE DEFENSOR IDÓNEO, PUES LA LEY NO LE IMPONE AL ABOGADO DERROTEROS EN TORNO A LA ESTRATEGIA, CONTENIDO, FORMA O ALCANCE DE SUS PROPUESTAS, NI LA APTITUD DE ESTAS GESTIONES SE ESTABLECE POR LOS RESULTADOS DEL DEBATE (Destacado de la Sala).

De tal suerte que, salvo que se comprobara que la bancada de la defensa hubiese estado acéfala se puede llegar al punto de retrotraer la actuación, sin embargo entendida aquélla como una unidad, se debe precisar que, además de que hubo un abogado contractual desde los albores de este causa, también se avizora que, en tratándose del Juicio oral en donde se concentra las labores de defensa, se advirtió que quien venía representado al acusado en las audiencias de acusación y preparatoria renunciara por un desacuerdo en los honorarios con quien hasta ese entonces fue su apadrinado, la Juez a-quo pidió anuencia de la Defensoría Pública para lo de su competencia en este tipo de situación; institución que asignó a esta causa al Dr. JUAN MUÑOZ ARIZA, profesional del derecho que, no hizo uso del derecho a presentar teoría del caso, lo cual es perfectamente conforme al artículo 371 del Código de Procedimiento Penal de 2004 que a saber enseña: *“la defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio”*, de tal suerte que no es obligación de la defensa pronunciarse en tal sentido, de manera que si el togado se abstuvo de hacerlo, esa actitud procesal debe entenderse como manifestación de la estrategia defensiva por la que él escogió; luego asumió el encargo el Dr. PEDRO AYALA CIFUENTES, togado que, estuvo presente en el testimonio que rindió la menor víctima; seguidamente representó al acusado el Dr. RICARDO JAIMES GALEZO, quien hizo del contrainterrogatorio en cuanto a lo depuesto por la señora madre de la infante agredida; y, finalmente el procesado estuvo prohijado por el Dr. RIGOBERTO PALENCIA SERVERICHE, quien estuvo presente en lo depuesto por cuatro testigos, presentó los alegatos de conclusión y a su vez apeló la decisión de primera instancia que ahora nos ocupa.

Con base en lo precedente, saltaría de bulto que: (i) no hubo especial ausencia de defensa técnica derivada de la imposibilidad de allegar pruebas o controvertir las aducidas en contra del procesado, ya que a motu propio no se presentaron pruebas, sino que se decidió trabajar con las del ente acusador, particularmente, se repite, dos de los defensores procuraron controvertir los testimonios de la Fiscalía; (ii) el acusado no careció en lo absoluto de asistencia profesional o técnica durante las fases de la investigación o el juzgamiento pues los juzgados de turno tuvieron el cuidado que siempre hubiese un abogado en las diferentes diligencias, no habiendo por falta de designación de un abogado, habida cuenta que no menos de cinco

profesionales del derecho defendieron sus intereses;(iii) ninguno de ellos desatendió sus deberes para con el procesado; (iv) pretender nulitar la actuación en forma transversal al proceso estaría en desacuerdo con la postura de la defensa es decir, amén de que no se esté de acuerdo con la estrategia asumida por aquéllos no tiene asidero ninguno; (v) el mero cambio de togado durante algunas oportunidades a lo largo de la actuación no es óbice para decir que hubo una aparente pasividad de los mismos que pudiese generar una nulidad procesal, sobre todo porque por ejemplo, las declaraciones llevadas a cabo antes de que se hicieran parte en el proceso están consignadas en discos compactos, a los cuales podían recurrir los nuevos profesionales del derecho en punto de conocer que dijeron esos testigos, máxime cuando éstos fungen como medios idóneos para reproducir lo actuado y así está dicho en los artículos 9 y 146 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, los cuales a saber dicen: *“La actuación procesal será oral y **EN SU REALIZACIÓN SE UTILIZARÁN LOS MEDIOS TÉCNICOS DISPONIBLES QUE PERMITAN IMPRIMIRLE** mayor agilidad y **FIDELIDAD**, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos **SE DEJARÁ CONSTANCIA DE LA ACTUACIÓN**” y, **“SE DISPONDRÁ EL EMPLEO DE LOS MEDIOS TÉCNICOS IDÓNEOS PARA EL REGISTRO Y REPRODUCCIÓN FIDEDIGNOS DE LO ACTUADO...”***, de modo que, todos los abogados que actuaron en esta causa contaban con los discos que contienen los audios y demás documentos como actas suscritas que informan las diligencias, y en los cuales se encuentran los testimonios, las cuales bastarían con escuchar para retomar el hilo de la actuación y es presumible que así lo hubieren hecho. El tiempo en las actuaciones procesales en el ámbito de lo penal conspira para que la verdad se aleje (siempre sea dicho) por ello no vale la pena correr un riesgo innecesario, como el que erradamente pretendió la agente del Ministerio Público.

Es por ello que en este caso en que el sistema se corresponde con lo que osamos llamar cierta madurez jurídica del establecimiento en general, cuando en Colombia hace apenas 30 años el número de universidades con facultades de derecho no llegaba a 60 en todo el país y hoy pasa de las 300 y nos quedamos corto, luego así el número de abogados como la proliferación del conocimiento jurídico en general, la existencia de la Defensoría Pública y de innumerables consultorios jurídicos con asistencia gratuita, se corresponde con la posibilidad de un sistema del que puede entenderse perfectamente que quien no pide o no reclama es porque no quiere que le den, obsérvese por ejemplo y ya lo han dicho las Altas Cortes que, la pretensión de libertad ahora será rogada, en tanto que en sistema de ley 600 o tradicional es esencialmente oficiosa.

Es por ello que dentro del sistema se ha desarrollado con mayor claridad el principio dispositivo, cuando inclusive cuando a través de las figuras propias de la terminación anticipada el imputado, acusado o procesado puede pretender la disposición del proceso acorde con figuras como el principio de oportunidad, el allanamiento y cargos y los acuerdos y preacuerdos con la Fiscalía General de la Nación, el derecho a la libertad a pesar de haberse reglamentado con mayor rigurosidad opera a ruego de partes en casi todas las oportunidades previstas al interior del proceso, máxime vencimiento de términos, etc.,

Se debe precisar entonces que, la circunstancia alegada por la agente del Ministerio público por sí sola no genera causal alguna para invalidar la actuación, con miras a retrotraerla, máxime cuando ni siquiera hizo eco de los principios que rigen las nulidades en el nuevo sistema penal acusatorio, los cuales aparecen descritos desde el órgano de cierre en lo penal, en sentencia con radicado N° 30033 del 05 de Noviembre del 2008, que a saber son:

“(…) DE TAXATIVIDAD, PROTECCIÓN, CONVALIDACIÓN, INSTRU-MENTALIDAD Y DE CARÁCTER RESIDUAL CONTINÚAN RIGIENDO LAS NULIDADES, COMO HASTA AHORA.

(…) DE MODO QUE QUIEN LA ALEGA ESTÁ FORZADO A DEMOSTRAR QUE LA IRREGULARIDAD AFECTA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS SUJETOS PROCESALES O DESCONOCE LA ESTRUCTURA BÁSICA DEL PROCESO JUDICIAL Y QUE NO EXISTE OTRO DISPOSITIVO PROCESAL DISTINTO A LA NULIDAD PARA SUBSANAR EL YERRO COMETIDO, así mismo debe indicar el motivo de invalidez, las razones de hecho y derecho en que lo fundamenta, y no podrá invocar una nueva petición por la misma causal sino por una diferente o por hechos ulteriores.”(Destacado de la Sala)

Véase como en dicha jurisprudencia la Alta Corporación, en aplicación del principio de integración consagrado en el artículo 25 de la norma procedimental vigente para este asunto, introduce o da aplicabilidad a los principios que regían las nulidades en la Ley 600 de 2000, al nuevo sistema acusatorio. Y desde aquéllos se dejó sentado que, quien alega o pide la nulidad debe y tiene que demostrar que la irregularidad propuesta afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce la estructura básica del proceso judicial y que no existe otro dispositivo procesal distinto a la nulidad para subsanar el yerro cometido, exigencia que no acató la apelante, pues a pesar que hizo aseveraciones en torno a la falta de defensa de técnica, que como ya se demostró no se aprecia como equívocamente se señaló, tampoco se ciñó a los principios nulitatorios, en consecuencia se ha de denegar la nulidad conforme viene ilustrado.

Superada entonces el orden de ésta apelación incoada y siguiendo el orden propuesto nos concita abordar la propuesta de absolver al procesado amén de que debe seguirse, en criterio de la Agente del Ministerio Público, lo dispuesto por el principio de *indubio pro reo*.

En lo relativo al delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS, consagrado en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, la Corte Suprema de Justicia ya ha definido las modalidades de comisión que presupone este tipo penal, reiterando en Sentencia No 31.948 del 27 de Julio de 2009 lo siguiente:

*“De la descripción típica anterior, surgen las siguientes formas que revisten la conducta punible comentada: i) **REALIZAR ACTOS SEXUALES DIVERSOS DEL ACCESO CARNAL, CON PERSONA MENOR DE CATORCE (14) AÑOS**; ii) realizar esta misma clase de actos, en presencia del menor; iii) inducir a la víctima a prácticas sexuales, y, iv) realizar cualquiera de las conductas antes descritas con el menor por medios virtuales, utilizando redes globales de información.”*

De igual forma, sobre estos actos sexuales en Sentencia con radicado 2037 de Marzo 8 de 1988 consideró que:

*“**LA PRIMERA FORMA EXIGE QUE EL MENOR SEA COPROTAGONISTA DE LOS ACTOS SEXUALES, ESTO ES, QUE ENTRE EN CONTACTO FÍSICO CON EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO**; la segunda modalidad implica que el menor sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan, y la última hipótesis requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual, con anticipación al natural despertar de su libido.”*

Siguiendo esta línea jurisprudencial, y partiendo del hecho que los supuestos facticos aquí estudiados encuadran dentro de la primera modalidad, *“realizar actos sexuales diversos del acceso carnal, con persona menor de catorce años”*, y teniéndose que esta presupone que el victimario y la menor agraviada tuviesen contacto físico de índole sexual, basta entonces que este ejercite comportamientos que a todas luces no sean apropiados para con la infante, como besos y tocamientos en sus partes íntimas, etc. Cuya base de la sentencia de primer grado para enrostrar responsabilidad a DÍAZ JERONIMO lo fueron los testimonios vertidos en Juicio Oral, los mismos que la Agente del Ministerio Público tachó por ser única y exclusivamente el cimiento de la decisión, de manera que, habrá que estudiar los mismos, con miras a verificar el compromiso penal del acusado, o la ausencia de éste, amén del principio del *indubio pro reo*.

En lo que concierne al error de observación del principio de presunción de inocencia, aducido por la agente del Ministerio Público, se gesta la obligación de revisar los elementos de convicción existentes en la actuación adjetiva para determinar más allá de toda duda razonable y a partir de la certeza que se trata del responsable de una conducta contraria a derecho. En esa misma línea, la Corte Suprema de Justicia, a través de un gran desarrollo jurisprudencial, v.gr. Sentencia del 15 de Octubre de 1993, ha determinado que cualquier aplicación incorrecta que se surta sobre la Ley sustancial ha de dar paso a la declaratoria de absolución del procesado, en tanto además, se vulnera sus derechos fundamentales.

Sobre la conciencia o no de DÍAZ JERONIMO, fácil sería determinar que efectivamente éste conocía que su actuar era contrario a derecho y más cuando días anteriores a los hechos que dieron origen a esta causa había intentado llevar a cabo, conducta igual sin que hubiere logrado el resultado querido. Ello, puede constatarse del dicho de la menor en la vista pública, cuando sin duda alguna indicó que habían existido ofrecimientos del acusado de dejarse tocar, pero que ella *“no le paró bolas”*. De ahí, que se podría determinar que cuando se ejecutó la acción se realizó con el conocimiento y la experiencia que pudieran darle la oportunidad de llevar a cabo el actuar lesivo y que durante tiempo atrás había pretendido, por ello, aprovechándose que las circunstancias estaban dadas, se pudo consumir el acto.

En sentido similar, se puede observar que en su testimonio la señora DENNIS POLO, madre de la menor víctima, advierte que vio a JAIME JERONIMO, salir de su casa, y que al momento de llegar a la vivienda evidenció lo que ocurría, pues sus familiares se habían reunido consternados a hablar sobre el actuar del encausado en la sala del inmueble; posteriormente, al preguntarle a su hija sobre lo acaecido; la menor le comentó que JAIME le había tocado *“el chocho”* y las *“tetas”* mientras dormía. Dicho, que reafirma en juicio y sustentaría la culpabilidad del procesado, pues además, éste en actitud desafiante la encaró diciéndole que: *“él había sido y ¿qué?”*.

Concurrió también a Juicio Oral el Médico Legal CARLOS SARMIENTO CRESPO, profesional que practicó el Informe Pericial de Clínica Forense, y a quien la menor le comentó lo ocurrido, dictaminando que pese a que la inteligencia de la niña era por debajo de lo normal, pudo relatar sin reparo que: *“Jaime estaba sentado en mi cama y me estaba tocando los senos y la cuca por encima de la ropa, y yo grité, eso fue hoy en la mañana y antes de ayer me dijo que me daba 5.000 pesos por dejarme chupar la teta”*.

Dicho ese, que fuere ratificado en la entrevista adelantada el mismo día de los hechos ante la Psicóloga LIDA MILENA RODRÍGUEZ NAVARRO, y a quien además sin amague de dudas, la menor, le expresó lo que había pasado, confirmando los tocamientos en su humanidad por parte de DÍAZ JERONIMO. Así mismo, la profesional de la Psicología, expresó que la víctima había tenido un relato coherente y fluido, pese a su estado de miedo y agitación que mantenía aún a las 10:00 AM, momento en que realizó la conversación con dicha profesional.

Posteriormente y al ser recibido en juicio oral el testimonio de RMTP, se observó que ésta se refirió a DÍAZ JERONIMO como el sujeto que compraba picada donde la tía; no recordando cuando ocurrió el punible, pero sí, el haber sido víctima del asalto sexual que se juzga; también referenció que en dos ocasiones había sido incitada por el sujeto activo a dejarse tocar sus partes íntimas, sin que se hubiera materializado el comportamiento delictivo.

Es de tal forma, que los tres relatos dados por la menor en los diferentes estadios procesales, no dejan duda que efectivamente fue víctima del punible del que se acusa a DÍAZ JERONIMO, pues además pudo constatarse que dadas las condiciones cognitivas y comportamentales de RMTP, se logró un relato coherente y adecuado para reconstruir una verdad más allá de toda duda.

Y es que en efecto, de querer analizarse lo dicho por la menor, se ha de acudir a los criterios hermenéuticos que orientan las actuaciones testimoniales, y que además dan sentido a su configuración como un elemento válido dentro del procedimiento penal, para ello, es necesario que se observe en las manifestaciones el criterio de *razón suficiente* a fin de dar un examen adecuado de los elementos recaudados, reconociendo el valor positivo de verdad en la construcción dialéctica y a fin de ser catalogado así y no de otra forma, es decir, el fallador, habrá de otorgarle valor a todas las aserciones de la menor y observar que éstas no fueron contrarias entre sí, para construir una conclusión válida que no deja lugar a dudas.

Sobre dicho Principio la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 18 de Marzo de 2015, con Radicado N° 33837 señaló que:

*“aquel que reclama, **EN ARAS DE RECONOCER EL VALOR POSITIVO DE VERDAD DE UN ENUNCIADO, UN MOTIVO APTO O IDÓNEO PARA QUE ELLO SEA ASÍ Y NO DE CUALQUIER OTRA FORMA.** En otras palabras, es el que **«ALUDE A LA IMPORTANCIA DE ESTABLECER LA CONDICIÓN –O RAZÓN– DE LA VERDAD DE UNA PROPOSICIÓN O A LA ASERCIÓN***

**QUE REQUIERE DE OTRA PARA SER RECONOCIDA
COMO VÁLIDA**” (Destacado de la Sala).

Ahora bien, observa la Colegiatura que la Procuradora pretende a través de la apelación poner en duda el testimonio de la víctima al expresar que le llamaba poderosamente la atención el hecho que a pesar que la menor sufría de inmadurez mental, pudo dar un relato medianamente coherente; no obstante, tal y como se ha venido desarrollando, dicho elemento, no desvirtúa las manifestaciones de RMTP, pues, además, no se probaron las incongruencias en las que hubiera incurrido y tampoco se impugnó la veracidad de su dicho.

Posteriormente, indicó la interviniente especial que la víctima pudo haber sido fácilmente manipulada por personas con ánimos inescrupulosos o por animadversiones que hicieran ver falsas sus afirmaciones, inclusive acusó a la señora DENNIS POLO, madre de aquélla, de incurrir en falsas conjeturas, pero ello, tampoco tendrá vocación de verdad, dado que no se halló elemento probatorio que implique la desestimación de la testificante, pues además, revisada dicha explicación se encuentra que muy a pesar de lo sucedido pretendía retirar “*la demanda*”, porque bajo su sentir, en ningún momento tenía interés en perjudicar a JAIME, deduciéndose de ello, que pudo comprender el error del acusado y reconociendo sus virtudes como hombre trabajador; sin embargo, concluyó en lenguaje de la misma que se las “*cagó*”, es decir, a pesar de una actitud finalmente benevolente la señora se reitera en la forma en que su sucedieron los hechos y tal y como ella lo viene denunciando, de manera que no hay ninguna contradicción, ni surge ninguna duda por parte de las manifestaciones de ésta señora, pues en un lenguaje, natural, común, popular o vulgar si se quiere, ella ratifica la situación tal y como la conoce, la está viviendo.

Por otro lado, advierte la Sala, que en la sustentación del recurso por parte de la Procuradora, se pasa por alto varios elementos, que han sido ampliamente decantados por la Jurisprudencia Penal. Así, es conocido que por el grado de aflicción e inclusive traumatismo, la víctima propende por decir tal cual ocurrió los hechos, con detalles, pues quien sufre de una agresión sexual, padece de las consecuencias psicológicas de dicha circunstancia. En ese sentido, contrario a lo indicado por la censora, se entiende que ningún reproche puede hacerse al testimonio de la niña ni a la declaración de su madre, al poder manifestar de manera coherente y veraz lo acaecido, siendo que al ser analizado por la Psicóloga LIDA RODRIGUEZ, se pudo constatar que RMTP respondía las preguntas hechas y tenía la capacidad de enlazar en su mente los antecedentes, y así “*se cumplió con el objetivo de obtener revelación*”, concluyendo

que se trataba de un abuso tipo asalto, por las circunstancias en que se llevaron a cabo los acontecimientos.

Ora bien, el hecho de haberse receptado el testimonio de la menor, y que en efecto se trate de una niña con su condición cognitiva, no da paso a plantear de plano una impugnación de credibilidad en su dicho, pues habrá de demostrarse que quien acude a juicio lo realiza falseando lo acontecido. Mucho se ha hilado sobre el testimonio del menor, y la Corte ha dicho que las críticas a éstos deben ser severas cuando se demuestren las razones por cual el niño miente, al respecto la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia con radicado N° 38716, señaló:

“En efecto, AUNQUE EL TESTIMONIO DEL NIÑO VÍCTIMA DE ABUSO OSTENTA ALTA CONFIABILIDAD Y TIENE LA CAPACIDAD DE OTORGAR IMPORTANTES ELEMENTOS DE JUICIO SOBRE LA MATERIALIDAD DE LOS HECHOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO, COMO CUALQUIER OTRO MEDIO DE CONVICCIÓN DEBE SER PONDERADO BAJO LOS PARÁMETROS DE LA SANA CRÍTICA. En tal contexto, las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia.” (Destacado de la Sala).

Ello implica que, los testimonios de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales, han de ostentar una presunción de veracidad y no pueden ser descartados de plano por la inmadurez que puedan tener en su desarrollo cognoscitivo; así mismo, se impone la obligación, de analizar el dicho por la infante frente a los demás elementos obrantes en el proceso a fin de estructurar un ingrediente constitutivo de verdad.

Así mismo, contrario a lo que opina la Procuradora, es natural que sólo la agredida sexual pueda dar fe y relatar lo acontecido, dado que es bien sabido que quien pretende cometer dichos punibles, intenta que ocurra en una esfera privada y así no obtener la sanción moral y legal. Por ello, exigir testimonios presenciales diferentes, sería atentatorio a los intereses de las víctimas. Siendo así que, entiende la Sala que ha de salvaguardarse los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por tratarse de sujetos de especial preponderancia constitucional al estar establecido en el artículo 44 superior, la obligación de las autoridades judiciales y administrativas del respeto y protección de la integridad sexual de dichos sujetos.

Por otro lado, recientemente, ha manifestado la Corte Suprema de Justicia que los testimonios de los abusados pueden ser tomados como prueba de cargo válida para condenar; esto siempre y cuando se ofrezca un relato coherente, sólido, creíble y veraz, como en efecto

ocurrió en el caso que nos ocupa. Es por ello, que el Alto Tribunal manifestó en la Sentencia con radicado N° 38716 que:

(...) en tanto precisa que SI BIEN EL TESTIMONIO DEL NIÑO VÍCTIMA DE ABUSO OSTENTA ALTA CONFIABILIDAD Y TIENE CAPACIDAD DE OTORGAR IMPORTANTES ELEMENTOS DE JUICIO SOBRE LA MATERIALIDAD DE LOS HECHOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE, COMO CUALQUIER OTRO MEDIO DE CONVICCIÓN DEBE SER PONDERADO BAJO LOS PARÁMETROS DE LA SANA CRÍTICA, EN CONJUNTO CON LOS RESTANTES MEDIOS DE DEMOSTRACIÓN ALLEGADOS A LA ACTUACIÓN, Y SIN DESCONOCER EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL QUE FIJA LA REGLA SEGÚN LA CUAL EN LOS CASOS DE ABUSO DE MENORES, EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA PUEDE BASTAR COMO PRUEBA DE CARGO. (Destacado de la Sala).

De suyo, se conoce que éste es el delito sin testigos, por excelencia porque nadie busca un lugar concurrido ni observado para cometer tales actos, si bien advierte la apelante que el acusado no tiene antecedente de violencia sexual alguno, y por ende ha de ser un elemento relevante a tener en cuenta, en tanto, además es padre de nueve hijos y nunca se ha visto involucrado en hechos como el que se le atribuye. Sin embargo, debe aclararse que no es factor determinante para el Juzgamiento la vigencia o no de anotaciones o antecedentes penales, pues para la imposición de una condena es imprescindible acorde a la teoría escogida por nuestro código del sistema culpabilista que concurren los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En ello, concurre que la tipicidad no es discutida en tanto que los tocamientos se amoldan a lo descrito en el tipo penal en debate, la antijuridicidad, se entiende es colmada en el hecho de existir una afección al bien jurídico tutelado -libertad sexual de la menor-, y la culpabilidad, apunta a la opción de actuar conforme a derecho, pero cuya inobservancia se exterioriza a través desplegar actos constitutivos de delitos con conciencia y voluntad. De manera que, se debe revisar si el comportamiento desplegado y el hecho causado, concurren en el nexo causal, en otras palabras que quien desplegó una conducta sea psicológicamente libre para determinar con su actuar un resultado lesivo, imponiéndose la obligación que lo conozca y lo asuma con las sanciones que de él surgen.

Entonces, a consideración de la Colegiatura, el Juzgamiento de un ciudadano con antecedentes judiciales ha de ser idéntica a la uno con vida intachable durante años. Lo anterior, al haber acogido nuestra

legislación una teoría de responsabilidad de acto y no de actor, siendo que no puede ser óbice las características sociales, económicas, culturales o inclusive personales del acusado para absolver o condenar. De tal forma, que sólo el actuar voluntario y consiente del sujeto activo ha de ser juzgado en tanto sea tipificado como punible y además se demuestre que no concurre motivación que excluya la culpabilidad, es decir que no se trate de un inimputable –artículo 33 Código Penal.-

Ahora bien, es menester precisar que las características criminológicas del individuo, no son un factor determinante para la consecución de una condena o absolución, por ello, al igual que se dejó sentado en párrafos precedentes, el hecho que no concurren las características de pedofilia, y que hubieren sido analizadas por la Ministerio Público, no han de ser óbice para ser tenidos en cuenta por el Juzgador, en mismo sentido, la circunstancia es irrelevante para el derecho criminal, más no para la Criminología, del que se desprenden los grandes aportes para la construcción de la ciencia penal y la obtención de una política criminal sólida. No obstante, los discernimientos de la apelante no son un verdadero perfil criminológico logrado a partir de la observación del método científico necesario para correcta construcción valida; sino que se constituyen en meras especulaciones, siendo menester desestimarlas.

Así las cosas, la Colegiatura confirmará lo atinente a la Responsabilidad Penal del señor JAIME ENRIQUE DÍAZ JERONIMO por el punible de ACTOS SEXUALES ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS, al encontrarse plenamente probada la Autoría del tipo, y realizado sin causal que exima de responsabilidad conforme a lo expuesto.

De la misma manera, la Sala descarta el alegato de la defensa en el sentido que no logra persuadir de que subsista la duda en ésta actuación o de que el elemento de la superioridad y de la confianza con la que podía contar el agente actor, no genere el agravante. Sin embargo, en particular la Sala admite que el procesado no es, no representa una autoridad frente a la víctima pues es apenas un vecino y en tal caso, pese a la confianza y pese a la edad puede ser viable reconocer que la causal de agravación no aparece suficientemente sustentada acorde con los hechos.

Superado así el debate sobre el compromiso penal en cabeza del procesado, resta verificar la eliminación de la agravante de que trata el artículo 211 N° 2 del Código Penal, que a la letra reza: *“el responsable tuviere cualquier carácter, posición, o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”*,

pedida en forma conjunta por el apoderado del encartado y la agente del Ministerio Público.

Dada las circunstancias se tiene que, la supuesta confianza depositada en la persona del acusado por parte de la menor víctima radica en el hecho de que fuesen vecinos, ora que frecuentaba la vivienda de la infante para comprar picadas que vendía la tía de la infante, ora para visitar a la madre de aquélla. Situaciones que en modo ninguno se acompasa con el agravante en comento, ya que a las voces del artículo 25 del Código Penal:

“SE REQUIERE QUE, EL AGENTE TENGA A SU CARGO LA PROTECCIÓN EN CONCRETO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, o que se le haya encomendado como garante de la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución y la Ley”.
(Destacado es de la Sala).

En sentido similar ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado N° 25536, del 27 de Julio de 2006 que:

“En sentido amplio, ES LA SITUACIÓN GENERAL EN QUE SE ENCUENTRA UNA PERSONA QUE TIENE EL DEBER DE CONDUCIRSE DE DETERMINADA MANERA, DE ACUERDO CON EL ROL QUE DESEMPEÑA DENTRO DE LA SOCIEDAD. (...)

Es decir, aquí no hubo un parentesco no hay una relación por ejemplo como la que podría desempeñar el profesor sobre sus alumnos o un párroco sobre sus feligreses o una autoridad policiva frente al barrio o vecindad que cuida etc., no hay en realidad un carácter, una posición o un cargo. De manera pues que éste agravante puede reducirse como lo plantea la defensa y ratifica el Ministerio Público en sus pretensiones.

Véase que, DÍAZ JERONIMO no tenía ningún deber de cara a la protección de los derechos de la menor, más allá de los que *per se* le son exigibles a todos los ciudadanos, de quienes no se espera que lesionen las prerrogativas de quienes los circundan, pero no porque tuviese un deber de jurídico que le diese un carácter, posición, o cargo que le diera particular autoridad sobre la infante o la impulsara a depositar en él su confianza, sobre todo cuando ningún rol de esos figuraba en cabeza del procesado; dicho de otro modo, no había cercanía o proximidad social o familiar, tampoco relación social especialmente estrecha, no existía relación de confianza, no mediaban situaciones de compenetración social, no existían vínculos de solidaridad o fidelidad, de tal suerte que, no se avizora infracción de deber como sugirió la Fiscalía en aras de agravar la situación del acusado que no se acompasa con los hechos.

Así las cosas, atendiendo a que si se puede lo más, que es absolver, se puede lo menos, que es mejorar la situación del enjuiciado, con la eliminación de la agravante que a todas luces es más benigna, sobre todo porque la justicia ahora tampoco puede desconocer esta realidad, tajante y palpable, porque refule de bulto dentro de los hechos que dieron lugar a la presente actuación se originó sin que mediara la agravante en comento. Circunstancia que permite la modificación de la pena impuesta como consecuencia necesaria de esa eliminación, sin afectar el principio de congruencia, y sobre todo enalteciendo el principio de legalidad y de estricta tipicidad.

Sobre este asunto ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-133 de 1999 que:

“EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD GARANTIZA LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS CIUDADANOS POR CUANTO LES PERMITE CONOCER cuándo y PORQUÉ MOTIVOS PUEDEN SER OBJETO DE PENAS YA SEA PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD O DE OTRA ÍNDOLE EVITANDO DE ESTA FORMA TODA CLASE DE ARBITRARIEDAD O INTERVENCIÓN INDEBIDA POR PARTE DE LAS AUTORIDADES PENALES RESPECTIVAS” (Destacado es de la Sala).

En sentido similar, en las Sentencias C-829 de 2001 y 101 de 2004 se señaló que:

“Finalmente, EL Estricto Respeto del Principio de Legalidad en esas materias es también una garantía de seguridad jurídica: Se desvanece el peligro de que las prohibiciones, los procesos y aún las penas, por no estar específicamente determinados, sean urdidos sobre la marcha y, en consecuencia, acomodados a las urgencias coyunturales que asalten a sus reglamentadores o ejecutores. De allí que esta Corporación haya indicado que “EN DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL PROCESO, TODOS LOS ELEMENTOS DE ÉSTE DEBEN ESTAR ÍNTEGRA Y SISTEMÁTICAMENTE INCORPORADOS EN LA LEY, DE MANERA QUE NO PUEDEN, NI LAS PARTES, NI EL JUEZ, PRETENDER QUE EL MISMO DISCURRA POR CAUCE DISTINTO AL PREVISTO EN LA LEY” (Destacado es de la Sala).

En consecuencia, hemos establecido que existiendo un límite a verificar que la conducta de DÍAZ JERONIMO se adecúa a la descripción abstracta del tipo penal contemplado en el artículo 209 del

Código Penal, sin el agravante como viene dicho, es menester redosificar la pena que le fue impuesta a aquél, amén de que si bien se reconoce lo acertado de la decisión de primera instancia en cuanto al carácter condenatoria de la misma, se aprecia errada la aplicación de los principios de legalidad, estricta tipicidad y seguridad jurídica, al momento de la individualización de la pena a imponer, de tal suerte que, cumpliendo una función verdaderamente garantista y democrática se ha de revocar parcialmente el proveído de primera instancia, en el entendido que, la condena ya no lo será por el reato de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO, como venía impuesta, sino que lo será por el delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS sin la agravación de que trata el artículo 211 numeral 2 del Código Penal.

Corolario a lo anterior, tenemos que el artículo 209 de la Ley 599 de 2000 enseña que:

“ART. 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. Modificado por la Ley 1236 de 2008. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, INCURRIRÁ EN PRISIÓN DE NUEVE (9) A TRECE (13) AÑOS”.
(Destacado es de la Sala).

Así las cosas, se tiene que según los términos del artículo 209 antes citado, oscilaría un mínimo de ciento ocho (108) y un máximo de ciento cincuenta y seis (156) meses de prisión. Por lo tanto los cuartos de movilidad vendrían a ser los siguientes:

Primer cuarto: de ciento ocho (108), a ciento veinte (120) meses.

Segundo cuarto: de ciento veinte (120) meses y un (1) día, a ciento treinta y dos (132) meses.

Tercer cuarto: de ciento treinta y dos (132) meses y un (1) día, a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Y el último cuarto: de ciento cuarenta y cuatro (144) meses y un (1) día, a ciento cincuenta y seis (156) meses.

Ahora bien, habiéndose determinado los cuartos de movilidad y atendiendo los fundamentos para la individualización de las penas de que trata el artículo 61 del Código Penal, que a saber enseña: *“dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva”*. Lo cual es el fundamento para la individualización de la pena, en tanto que, DÍAZ JERONIMO viene acusado con la circunstancia de mayor punibilidad de que trata el

artículo 58 N° 7 que reza: *“ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima”*, y se tiene la estipulación probatoria de: *“carencia de antecedente del acusado JAIME ENRIQUE DÍAZ JERONIMO”*, que a su vez se acompasa con la circunstancia de menor punibilidad contemplada en el artículo 55 N° 1. La pena a imponer es la contemplada en el Segundo cuarto, que se estableció de ciento veinte (120) meses y un (1) día, a ciento treinta y dos (132) meses. De manera que se le impondrá la pena de ciento veinte (120) meses y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena de prisión.

Dejándose constancia en el sentido de que a pesar de que se hace la readecuación precisa y se ajusta el cargo al principio de legalidad con la exigencia más gravosa, finalmente la pena a imponer disminuye y se conserva incólume el principio de la *no reformatio in pejus*. Todo por cuanto a todas luces la sanción privativa de la libertad en contra de DÍAZ JERONIMO será menor, dando cabida al principio regulatorio de las sanciones y siendo que el Ministerio Público aboga en el mismo sentido de la defensa, de manera que la impugnación se considera como apelante único. En todo los demás aspectos en que no riña la sentencia, con lo aquí resuelto se mantiene sin modificación alguna.

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR LA NULIDAD propuesta por la representante del Ministerio Público, de conformidad con las motivas precedentes.

SEGUNDO: CONFIRMAR modificando parcialmente el proveído de primera instancia, en el entendido que, la condena ya no lo será por el reato de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO, como venía impuesta, sino que lo será por el delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS sin la agravación específica de que trata el artículo 211 numeral 2 del Código Penal, de acuerdo con las motivas precedentes.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 1 de la decisión primera instancia, en el entendido de que se CONDENA a JAIME ENRIQUE DIAZ JERONIMO a la pena principal de ciento veinte (120) meses de prisión, como penalmente responsable a título de autor por el delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS, con base en las motivas precedentes

CUARTO: REVOCAR el numeral 2 de la decisión primera instancia, en el entendido de que se CONDENA a JAIME ENRIQUE DIAZ JERONIMO a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual a lo resuelto en el numeral 3 de la presente sentencia, de acuerdo con las consideraciones anteriores.

QUINTO: Manténgase incólume el resto del proveído de primera instancia.

SEXTO: Contra la presente decisión **PROCEDE** el recurso extraordinario de casación.

SÉPTIMO: QUEDA NOTIFICADA la presente decisión en estrados, y una vez suscrita y aprobada el acta la Sala le CONCEDE permiso para retirarse a todos los presentes, dando por terminada la diligencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

JULIO OJITO PALMA

JOSEFA JIMÉNEZ DE GONZÁLEZ
SECRETARIA