

M. PONENTE	: LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
ACTA DE APROBACIÓN	: 20 / 2017
RADICADO	: 05001 60 00 206 2015 37374
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA ABSOLUTORIA
FECHA	: 17 DE MARZO DE 2017
DECISIÓN	: REVOCA Y CONDENA
DELITOS	: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS.

PROVIDENCIA

DESCRIPTOR

-MODIFICACION DE CONDENA POR UN DELITO DE MENOR ENTIDAD

RESTRICTOR

Cuando de manera excepcional el juez pretenda apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, es necesario que respete los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de menor o igual entidad.

PROCESO: 05001-60-00-206-2015-37374
DELITO: Acceso Carnal Violento
Actos sexuales abusivos con menor.
CONDENADO: J. J. M. T.
PROCEDENCIA: Juzgado 8° Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia absolutoria.
DECISIÓN: Revoca
M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISION PENAL

Medellín, diecisiete (17) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Proyecto aprobado según Acta No. 20

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía 91 Seccional Delegada, Ministerio Público y Apoderado de la víctima, en contra de la sentencia proferida el 24 de noviembre del año anterior por el Juzgado 8° Penal del Circuito de Medellín, en la cual se absolvió al señor J. J. M. T. de los cargos de acceso carnal violento y actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

I. ANTECEDENTES:

Fueron narrados en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía Delegada, en los siguientes términos:

“El 30 de julio de 2015, el señor D. P. M. M. denunció ante la Unidad de Reacción Inmediata a J. J. M. T., por haber accedido carnalmente a su hija, la adolescente M. M. O., de 13 años de edad, hechos y circunstancias que tuvieron ocurrencia el 28 de julio de 2015, al interior de la institución educativa Hector Abad Gómez, lugar donde estudia su hija y labora el acusado como empleado del aseo.

Escuchada la entrevista judicial la adolescente M. M. O. refiere que el día 28 de julio de 2015, aproximadamente a las 11:45 de la mañana, cuando se encontraba en su colegio, concretamente en el baño de los hombres, J. J. M. T., empleado del aseo, la intimidó con arma de fuego y la accedió carnalmente. Así mismo refiere que esta persona le daba besos en su colegio; también que exhibió de su celular videos y fotografías de contenido pornográfico, hechos que ocurrieron en varias veces.”

ACTUACION PROCESAL

El día 11 de agosto de 2015, ante el Juzgado 18 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, la Fiscalía formuló imputación en contra del señor J. J. M. T. por el delito de Acceso carnal violento agravado, cargo al que no se allanó el imputado. Se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

En audiencia celebrada el 30 de septiembre de 2015, ante el Juzgado 28 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, la Fiscalía adicionó la imputación, lanzando un nuevo cargo en contra de J. J. M. T., esta vez por el punible de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

El imputado fue acusado por la Fiscalía General de la Nación mediante escrito presentado el 9 de octubre de 2015, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia realizada el 19 de noviembre siguiente, en la cual se le llamó a responder como autor de los referidos punibles.

Realizado el juicio oral la *A quo* profirió la sentencia que se revisa, en la que absolvió al acusado del cargo imputado por la Fiscalía, decisión que fue apelada por la representante del Ente Acusador, el Ministerio Público y el apoderado de la víctima, habilitando la competencia para decidirlos y a cuyo objetivo se encamina la Sala de Decisión.

II: DE LA DECISIÓN RECURRIDA

La *a quo* empezó por señalar que se acreditó plenamente en la actuación, que para el mes de julio del año 2015, la menor que figura como víctima en este proceso, M.M.O, contaba con 13 años de edad, y que en ese entonces estudiaba en la institución educativa Héctor Abad Gómez, sede Placita de Flórez, cursando el 6º grado.

Adujo la juez igualmente, que se encuentra demostrado que para el día 27 de julio de 2015, entre las 11:40 y las 11:45 de la mañana, el señor Elkin Ramiro Osorio Velásquez, rector de la IE Héctor Abad Gómez, encontró cerrada con candado la reja de las unidades sanitarias del 2º piso de la institución educativa (baño de hombres), pese a que varios niños informaban de la presencia de personas adentro; que por eso le pidió a la empleada de oficios varios Luz Libia Oquendo que abriera la reja, después de lo cual halló en el interior, a mano derecha donde están los sanitarios, a J. J. M. T., y a mano izquierda donde están los lavamanos, a M.M.O. Que ante la pregunta de qué estaba haciendo, J. J. M. T. le manifestó que estaba haciendo el aseo, y la menor M.M.O. contestó que estaba tomando agua porque tenía una hernia.

Ya en el análisis de la declaración de la menor, contrastada con otras personas que directa o indirectamente tuvieron conocimiento de los hechos, la juez consideró que era evidente que la adolescente había sido incoherente en su relato, pues su versión en

cuanto a lo que supuestamente ocurrió durante el tiempo que permaneció encerrada en el baño con J. J. M. T. Montoya, cambio durante el curso de los acontecimientos.

Destacó que en las reuniones efectuadas en el colegio, ante el rector, el coordinador académico y la psicóloga, durante los días del 27, 28 y 30 de julio, última de las cuales incluso participaron sus padres, la menor expresó de manera persistente que no había pasado nada, que solo estaba tomando agua, y solo hasta el 30 de julio de 2015, después de salir del último encuentro en la institución educativa, refirió que fue violada e intimidada con un arma de fuego.

Subrayó que M.M.O. no solo desde el primer momento dio la misma versión de los hechos, sino que además se mostró siempre en una actitud tranquila, sin que se hubiera mencionado por los padres que durante los primeros días posteriores al hecho, la joven se hubiera mostrado en actitud extraña que les indicara angustia o zozobra, situación que resta seriamente credibilidad al dicho de la presunta víctima cuando expresó que no había contado lo sucedido porque tenía miedo.

Señala la falladora, en cuanto al arma descrita por la menor y que al parecer fue utilizada por el agresor para cometer el hecho, que este artefacto pudo ser conocido por la adolescente desde mucho antes del incidente en el baño, pues se sabe que M.M.O. tuvo acceso al teléfono celular donde el acusado guardaba algunas fotografías, y en una de ellas aparecían las señoras del aseo del colegio con un arma que en días anteriores J. J. M. T. había llevado a la institución educativa. Considera posible el juzgado que la joven hubiera descrito no el arma que le exhibieron para amenazarla, sino el arma que había observado la fotografía.

Menciona la *a quo* igualmente, que a partir de todas las situaciones que rodean el entorno familiar de la afectada, es razonable considerar que M.M.O. más que confianza, les tenía temor a sus padres, pues se trata de dos personas temperamentales, que expresan su ira o frustración con agresiones.

Destaca la primera instancia el hecho de que M.M.O. dijera que los hechos ocurrieron el martes 28 de julio de 2015, y que el lunes anterior el agresor había intentado besarla

en el colegio, se contradice con lo acreditado en juicio, donde se demostró que los eventos del baño ocurrieron el lunes 27 de julio, por lo que no es posible que un día antes, domingo, se hubiera dado un encuentro entre los protagonistas de esta historia, pues no era un día de clases.

También subraya la juez que lo que dijo M.M.O. en el juicio respecto a que le había pedido a la empleada de oficios varios LUZ LIBIA OQUENDO, que la acompañara al baño, no es cierto, pues ésta última no ratificó este hecho, y tampoco es verdad que dicha estudiante hubiera podido ingresar al baño sin que alguno de los empleados de oficios varios le abriera la reja, pues para el momento en que se presentó el evento todos los baños de la institución se encontraban cerrados.

Adicionalmente, afirma que la declaración de la menor no resulta coincidente con los hallazgos del médico legista, pues este último encontró algunas lesiones en los senos de la adolescente, sin que la paciente hubiera referido en momento alguno que su agresor le manipulara esta parte de su cuerpo.

En cuanto a la equimosis y enrojecimiento encontrado en el introito vaginal de la presunta víctima, considera que este tipo de lesión pudo hubiere sido causado por diferentes causas, como en efecto lo reconoció el legista.

Frente a la declaración de la joven Yerli Durango Jiménez, mencionó la *a quo* que aunque esta inicialmente dijo haber visto al acusado ingresar al baño siguiendo a M.M.O hacia el interior de dicho lugar, posteriormente manifestó que no observó directamente tal situación, y que hizo esa declaración porque la presunta agredida le pidió que le ayudara.

Concluyó la juzgadora que nos encontramos ante un testimonio que ha sido incoherente e inconsistente con las demás pruebas practicadas en juicio, a lo que se suma que no cuenta, en lo que al acceso carnal se refiere, con ninguna otra prueba de corroboración.

Por otro lado, en cuanto a la presunta exhibición de material pornográfico que el acusado hizo a las menores, el cual se encontraba grabado en su teléfono celular, la

juez consideró que aunque efectivamente las estudiantes tuvieron acceso a esos contenidos, no fue precisamente porque J. J. M. T. se los exhibiera o les prestara el aparato para tal fin, sino que este prestaba su celular a las jóvenes para que ellas escucharan música, de lo cual se infiere que probablemente la revisión de otros archivos se hizo por parte de las menores sin la autorización de J. J. M. T..

Estimó la falladora que el uso imprudente de su celular por parte del acusado, no resulta suficiente para construir una inferencia solida respecto a que J. J. M. T. obró con un propósito dirigido a la exhibición del contenido pornográfico, más aún cuando la auscultación indiscriminada del dispositivo se dio por iniciativa de las menores que tuvieron acceso a esos archivos.

Con todo lo anterior, consideró la primera instancia que subsisten dudas razonables sobre la existencia del hecho y frente a la responsabilidad del procesado, lo cual conllevó a emitir un sentido de fallo absolutorio.

III. DEL RECURSO

En la audiencia de lectura de fallo, se interpuso recurso de apelación, inconformidad que luego sustentaron las partes con argumentos que se resumen como sigue:

3.1 Fiscalía

Estima que el testimonio ofrecido por la adolescente M.M.O en sede de juicio constituye prueba esencial y como tal tiene enorme valor probatorio, siendo desconocido en su totalidad por la señora juez.

A continuación la señora Fiscal transcribió nuevamente lo dicho por la presunta víctima en su testimonio, concluyendo que del relato de la joven, lo único que no guarda relación con las exposiciones que hicieron los testigos Elkin Ramiro Osorio, rector de la institución, Hernán Darío Zapata, coordinador de convivencia y Olivia Biardeau, psicóloga del colegio, es la fecha de ocurrencia de los hechos, sin que esa sola

circunstancia por sí fuera determinante para desechar el acceso carnal de que fue víctima.

Insiste en que el testimonio de M.M.O es abundantemente descriptivo sobre las circunstancias del acceso carnal violento de que fue víctima. Recalca en que, tal y como lo expresó la menor, el día de los hechos ingresó al baño porque deseaba tomar agua, momento que fue aprovechado por el agresor para también ingresar al sitio y cerrar la puerta con candado, de lo cual se infiere el firme propósito de violentar sexualmente a la estudiante.

Asevera que el silencio que guardó la afectada no constituye un factor de descredito, y por el contrario, se enmarca dentro de un contexto propio de este tipo de ilicitud, tal y como lo admite la jurisprudencia (transcribe aparte de la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 43880 de 2015).

Le parece ilógico a la recurrente por qué si el señor J. J. M. T. no estaba accediendo carnalmente a la joven M.M.O. mediante violencia, no procedió a abrir la reja del baño cuando unos niños así se lo pidieron. Se pregunta la Fiscal: ¿Por qué no abrió la reja del baño cuando el rector llamo dos o tres veces para saber quién se encontraba dentro? ¿Por qué el acusado esperó que el rector fuera por las llaves?

Considera que no es probable que la agredida, por una fotografía que viera en el celular de J. J. M. T., le quedara el recuerdo del arma en su mente, pues de las pruebas documentales admitidas en juicio, se pudo constatar que en dicho aparato se observaban todo tipo de armas, como pistolas u otras de gran calibre, y no se vio precisamente esa arma descrita por la niña M.M.O.

A continuación la representante del Ente Acusador hizo un recuento de lo afirmado en juicio por los señores Ricardo Toro, profesional forense, Walter Echavarría, médico adscrito a la Policía, Lina María Pulgarin, psicóloga, Linda Reyes, trabajadora social, asegurando que con sus testimonios se corrobora el relato de la niña.

En cuanto a la declaración de la menor Yerly Durango Jimenez, dijo que esta fue convocada sólo para establecer el proceder del acusado para con las alumnas de la institución, y no en relación con los hechos de abuso sexual.

Considera que se encuentra acreditado que la adolescente no tenía ninguna relación con el señor J. J. M. T., como para decir que por alguna situación tuviera motivo para denunciar unos hechos tan graves.

Por lo anterior, solicita revocar la sentencia absolutoria y en su lugar impartir fallo de condena en contra del acusado.

3.2 Representante de la víctima

Considera que en el presente asunto el problema jurídico se centra en definir si el testimonio de la menor M.M.O. es creíble y veraz, pues es esta la única prueba de cargo que puede dar cuenta del injusto penal.

Dice que no es cierto que el testimonio de la víctima no sea creíble, y aunque la inconsistencias esbozadas por el A quo existen, discrepa en el alcance que se le da, al punto de desestimar por completo los dichos de la menor.

Estima que en este caso se demostró plenamente el acceso carnal, el cual ocurrió en uno de los baños de la institución educativa, hecho del cual se puede inferir como autor al señor J. J. M. T., quien fungía como empleado del aseo.

Señala que de conformidad con los antecedentes probatorios que obran en el plenario, es predicable que para el momento del sorprendimiento por parte del rector de la institución educativa, el señor J. J. M. T. Taborda se encontraba abusando sexualmente de la menor M.M.O., hecho que al recurrente le resulta incontrovertible, no solo por los dichos de la menor, sino porque los mismos se corroboran con otros medios de prueba, como lo son los estigmas en el cuerpo de la menor, específicamente en sus genitales.

Indica que la posible falta de credibilidad en el relato de la niña, solo podría afectar los señalamientos de la afectada en contra de su agresor, en lo relativo a la violencia física que infligiera este en contra de aquella para alcanzar la finalidad del acoplo, por lo que estaríamos ante un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, descripción dentro de la cual se debe condenar al señor J. J. M. T., pues contiene una pena más favorable para el enjuiciado.

3.3 Representante del Ministerio Público.

Estimó que revisadas las declaraciones ajenas al juicio, en ellas no se observa discrepancia en torno al suceso principal que pudo describir a su manera la menor, que se concretan en que fue accedida en contra de su voluntad, mediante amenazas con arma de fuego, por parte de J. J. M. T. Montoya, cuando se encontraba encerrada con él en el baño del colegio, y que para concretar la penetración del miembro viril en su cuerpo fue levantada sobre el mesón del baño, lugar donde fueron encontrados por el rector del colegio.

Considera que este mismo relato fue ofrecido por la menor en la entrevista forense y ante el perito de medicina legal, lo que permite señalar que es coherente y creíble, porque tiene además comprobación periférica.

Dice que las lesiones descritas por el médico legista en una de sus piernas y una equimosis en la zona genital, corrobora lo dicho por la víctima.

Asevera que no se trajo a juicio la posible motivación que hubiera impulsado a la menor a mentir, y el hecho de que la señora Luz Libia Oquendo no hubiera corroborado la versión de M.M.O., no tiene trascendencia.

Solicita revocar la sentencia condenatoria y en su lugar emitir condena en contra del procesado.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

El problema jurídico central es de índole probatorio y radica en determinar si la versión de la menor M.M.O, presuntamente ofendida, es lo suficientemente concreta para soportar sobre sí la decisión de condena que reclaman los recurrentes, teniendo en cuenta que en criterio de estos el acusado J. J. M. T. sí realizó sobre aquella el acceso carnal violento por el cual fue acusado.

El argumento principal esgrimido por la Juez de conocimiento de cara a la emisión de la sentencia absolutoria en contraposición con la pretensión punitiva de la fiscalía, versó en que el material probatorio arrojado por esta no era suficiente para llegar al conocimiento en el grado exigido por el artículo 381 de la ley 906 de 2004 para proferir una sentencia adversa a los intereses del acusado, teniendo en cuenta las graves inconsistencias que marcaron el testimonio de la presunta afectada, lo que en últimas derivó en la aparición de dudas en cuanto a la real ocurrencia del hecho delictivo.

Por su parte, tanto Fiscalía como Ministerio Público, otorgaron plena y total credibilidad a lo que refirió la menor sobre el abuso sexual a que fue sometida por el empleado del aseo de la institución José Abad Gómez, considerando que su relato se corrobora con los diferentes elementos de prueba que fueron allegados al plenario, aunado a que la víctima no tenía motivos para lanzar acusaciones tan graves en contra de una persona con la cual no tenía ninguna relación.

También se pronunció el representante de víctimas, quien lanzó una nueva teoría del caso, al asegurar que si bien es cierto M.M.O. presentó contradicciones en su testimonio, ello no genera que la totalidad de su relato pueda ser desechado, pues se mantiene incólume el hecho del acoplamiento sexual entre los protagonistas de esta

historia, con lo cual se configura un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, dado que para el momento de los hechos la víctima contaba con 13 años de edad.

Pues bien, se debe decir inicialmente que a pesar de las discusiones doctrinarias que haya al respecto¹, se considera actualmente, y sobre todo para el caso colombiano, que el *in dubio pro reo*, a pesar de no tener asiento constitucional, es una arista esencial de la presunción de inocencia, al punto que el legislador lo elevó a canon de principio rector del proceso penal, fundiendo estos dos principios en una sola norma, para indicar y reforzar ese vínculo inescindible.

Respecto de la prueba testimonial, la ley 906 de 2004 impone una seria limitante en el sentido de que las personas solo pueden declarar sobre los aspectos que en forma personal y directa hayan percibido (con lo cual el testigo de oídas o de referencia queda circunscrito a situaciones excepcionales y con valor suasorio disminuido²), y respecto de su valoración individual el juez deberá tener en cuenta la naturaleza verosímil o no de la declaración, la capacidad del testigo para percibir y recordar, la existencia de prejuicios, interés u otro motivo que le quite objetividad, las manifestaciones anteriores que guarden coherencia con la versión actual o que por el contrario la contradigan, el patrón de conducta del declarante y las contradicciones en el contenido de la declaración misma³.

Debe señalarse igualmente, que como suele suceder en estos casos de abuso sexual, la prueba siempre es exigua en razón de los escenarios de privacidad o si se quiere de soledad que son aprovechados por el victimario para satisfacer sus apetencias libidinosas, por lo que el testimonio de la víctima adquiere una importancia sustantiva en el esclarecimiento de los hechos, como quiera que es la persona que de manera directa no solo percibe sino que vive en carne propia la acción delictual.

¹ Al respecto consultar Guerrero Peralta, Óscar Julián. Institutos Probatorios del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica, 2009

² Art. 402 idem.

³ Art. 403 idem.

No obstante lo anterior, y tal como arriba se planteó, a pesar de la importancia que reviste el testimonio de la persona ofendida en estos precisos eventos, es lo cierto que su valoración tiene que ser muy estricta en lo que tiene que ver con la coherencia, consistencia, objetividad y credibilidad para evitar condenas injustas.

En cuanto al silencio de la víctima y sus versiones contradictorias.

En el campo de los delitos sexuales cometidos en contra de menores, varios son los motivos que llevan a las víctimas a callar este tipo de experiencias, tratar de encubrir a sus abusadores mediante versiones mentirosas de lo que realmente sucedió o simplemente variar la realidad de los hechos, y aunque son innumerables las causas para que ello ocurra dependiendo de cada caso, se ha podido evidenciar tres factores predominantes que pueden influir en el testimonio de un menor agredido.

El primero de ellos es el grado cercano de afinidad que puede existir entre abusador y abusado, pues se sabe que algunos menores de edad que han sido objeto de atentados sexuales por parte de sus familiares más cercanos como tíos, abuelos o padres, tienden a guardar silencio sobre los vejámenes en su contra, utilizando esta actitud como un verdadero mecanismo de defensa ante las posibles repercusiones que pueda tener para ella o su entorno una acusación como esta, llevando incluso a las víctimas a callar durante años las agresiones sufridas en su contra, pues esa posición de autoridad y cercanía que le representan los autores de estos actos generan en ellos un evidente miedo a romper con su mutismo.

Otro de los elementos externos que puede influir directamente en el silencio y los cambios de versión de los menores en situación de abuso, es el temor que los propios agresores puedan generar en su libre autodeterminación, ya que ciertos atacantes, especialmente en casos donde se utiliza la violencia física o psicológica para cometer el acto, suelen proferir amenazas de muerte o lesiones a la propia víctima o sus familiares, lo que crea en el afectado una sensación de zozobra que lo inhibe para expresar ante las autoridades o allegados lo que realmente sucedió.

En el tercer evento, el afectado considera erróneamente que pudo haber permitido o provocado el acto abusivo, sintiéndose culpable de la situación a la cual se ha visto sometido, lo cual lo lleva a callar ante el temor de los requerimientos o recriminaciones de sus padres o familiares.

Es por ello que para estos menores, vencer su miedo y exteriorizar la verdad sobre determinados acontecimientos, ya sea aceptando o negando su real ocurrencia, depende de un entorno que les ofrezca total seguridad física y emocional, donde se puedan expresar sin temor a represalias.

Lo anterior nos indica que el silencio frente a una violación, o un relato que varía la realidad sobre tal acontecimiento, no puede justificarse en la simple minoría de edad del presunto agredido, pues tal actitud depende del contexto en el que se produzcan los eventos, aunado a la capacidad de evocación y autodeterminación que posea la víctima, ya que la revelación de la verdad solo se genera brindando al menor los espacios para expresar los momentos vividos, siendo estos entornos los que le ofrecen seguridad al afectado para vencer sus miedos.

Así, superado el temor inicial que lógicamente se genera a raíz de una arremetida sexual, sobreviene un periodo de intensa reflexión y desazón por parte del agredido, y aunque es normal que inmediatamente después del ataque el niño o adolescente se sienta temeroso y con ciertas reservas para expresar su dolor, la confianza y apoyo de las personas que se encuentran a su alrededor suelen imprimir la fuerza necesaria para que el menor rompa el silencio, facilitándose la revelación en los casos en los cuales el agresor no tiene ningún tipo de lazo emocional o familiar con la víctima, pues evidentemente es mucho más fácil acusar a un desconocido que a un pariente o allegado.

Para el caso en estudio, la menor M.M.O. manifestó que no comentó inmediatamente al rector lo que había sucedido porque tenía miedo que J. J. M. T. le hiciera algo a ella o a sus padres, explicación que aunque podría ser válida para ese preciso momento

posterior al hecho, no resulta lógica para lo que ocurrió después, ya que lo cierto es que la joven estuvo tres días bajo la protección de su progenitores en su casa y tampoco les comentó nunca de la agresión, y ni siquiera les manifestó que había sido sorprendida en el baño por el rector del colegio en una situación sospechosa.

Resulta una verdad incontrastable que en sus primeras manifestaciones ante sus progenitores y las directivas del colegio Héctor Abad Gómez, M.M.O. nunca mencionó el presunto abuso sexual del que había sido objeto en el baño de hombres de la institución por parte del encargado del aseo, hecho que debe ser analizado desde el punto de vista del contexto en que se desarrollaron los acontecimientos, pues aunque es normal que un menor guarde silencio en situaciones donde el agresor es un familiar o un individuo con cierta autoridad sobre ella, no es lo mismo que esto suceda con alguien que era casi un desconocido para la afectada y no tenía ninguna atribución especial que le confiriera alguna potestad sobre ella, por lo que el miedo a que el agresor cumpliera con sus amenazas de muerte, que fue la justificación que esgrimió la joven para explicar su actitud, se cae de su propio peso al compararla con la manera en que se dieron los eventos investigados, ya que M.M.O., durante varios días y estando ya bajo la protección de sus padres, mantuvo su versión de que nada había sucedido, e inclusive asistió a clases normalmente al día siguiente de ocurrida la supuesta agresión.

Es por ello que las preocupaciones de la juez en cuanto a la revelación tardía de la menor M.M.O. se convierten, para el caso en estudio, en un elemento de vital trascendencia a la hora de ofrecer total veracidad a lo dicho por la adolescente, pues aunque se entiende que la presunta víctima pudo estar cohibida por el miedo en los instantes posteriores a ser sorprendida a solas con el señor J. J. M. T. en uno de los baños por el rector de la institución, lo que al parecer la llevó a no comentar inmediatamente la supuesta agresión sexual, no es lógico que este mismo temor se mantuviera de forma permanente durante los tres días subsiguientes al hecho, espacio de tiempo durante el cual la afectada siempre se mantuvo firme en su primera versión, en la cual aseguraba que no había sido objeto de abuso sexual alguno.

Fue así como hasta el jueves 30 de julio de 2015, tres días después del incidente, a petición del rector del colegio Elkin Ramiro Osorio, se efectuó una reunión en la cual participaron M.M.O., sus padres, el coordinador Hernán Darío Zapata, la psicóloga Esther Biardeau y el coordinador académico Jhon Jairo Mira, sesión en la cual la menor se mantuvo en sus afirmaciones de que nada malo había ocurrido en aquel baño, y que solo se encontraba tomando agua a raíz de la hernia de la cual padecía.

Lo que resulta aún más curioso de aquella reunión, es que solo hasta ese día los padres de la adolescente se enteraron del encuentro que había tenido el rector con M.M.O y J. J. M. T. en el baño, por información que les diera el mismo directivo, con lo cual se evidencia que la joven ni siquiera le había comentado a sus progenitores sobre tales eventos, y fue a raíz de tal situación que su padre, Deybi Pinsen Mora, se tornó muy enojado, culminando de tajo la reunión y llevándose a su hija del colegio, para posteriormente informar que habían formulado una denuncia por acceso carnal violento.

Inquieta igualmente a la Sala, el hecho de que la menor M.M.O. hubiera asistido normalmente a clases al día siguiente de acontecido el hecho, pues si había sido sometida a tan brutal ataque por parte del señor J. J. M. T., y sentía un miedo tal hacia aquel que no le permitía exteriorizar lo que le había pasado, no es lógico que acudiera sin temores al sitio donde precisamente había sido objeto de tales vejámenes, ya que seguramente se encontraría nuevamente con su agresor, quien laboró en su rutina habitual el 28 de julio, tal y como lo registró el clip de video de las cámaras de seguridad de la institución, donde se ve al acusado desplazándose por los corredores del colegio en medio de los estudiantes.

Estamos pues, ante una testigo ambivalente en cuanto a sus acusaciones, pues inicialmente dijo que solo estaba tomando agua por una hernia que padecía y tres días después adujo la violación, sin que la tesis del miedo a las amenazas de su agresor pueda explicar firmemente su cambio de versión, ya que se le ofrecieron espacios seguros tanto a nivel familiar como institucional para exponer el supuesto ataque del que había sido objeto, pero siempre se mantuvo en su relato de que nada había pasado, y solo al ver la actitud de enojo de su padre, agente de la policía nacional, decidió

contar una nueva historia, en la que ahora sí señalaba a J. J. M. T. Montoya como la persona que revólver en mano la había atacado en el baño del colegio, relato que mantuvo hasta el juicio oral, pero que indudablemente ya presentaba asomos de duda frente a su veracidad.

En relación con la fecha de los hechos.

Otro de los argumentos de la primera instancia para restar valor al testimonio entregado por M.M.O, fue el hecho de que esta asegurara en juicio que los hechos materia de investigación sucedieron el martes 28 de julio de 2015, cuando se encuentra demostrado que ello no fue así, pues el incidente en el baño se presentó el día anterior, es decir, el lunes 27 de julio.

La Fiscalía en su memorial de apelación, consideró que tal elemento no era de por sí determinante para desechar el acceso carnal violento de que fue víctima la adolescente, pues dicho relato fue abundantemente descriptivo frente a las otras circunstancias que rodearon el hecho.

Pues bien, estima la Sala que frente a este tópico en especial, se debe tener en cuenta el contexto en que se dio la afirmación realizada por la víctima, pues aunque razón le asiste a la Fiscalía en el sentido de que la simple equivocación de un testigo frente a la fecha de ocurrencia de determinando hecho no tiene la fuerza necesaria para desvirtuar su testimonio, para el caso que nos ocupa este elemento sí resulta relevante, teniendo en cuenta que a partir de esa manifestación se generó una incoherencia de mayor envergadura dentro del relato de la joven, tal y como en su momento argumentó la juez *a quo*.

Fue así como la testigo M.M.O. aseguró en su declaración que el día lunes 27 de julio de 2015, el acusado intentó besarla a la fuerza y al día siguiente, martes 28, la accedió carnalmente en contra de su voluntad.

En cuanto al incidente del 27 de julio, manifestó la presunta víctima que el hecho ocurrió en el baño de los hombres, pues la señora del aseo mantenía cerrado el servicio de las mujeres. Dijo la menor que aquel lunes fue por los implementos de aseo y que el acusado aprovechó su presencia allí para tomarla de los brazos e intentar besarla, situación que ella rechazó empujándolo, luego de lo cual sonó el timbre de salida para la casa.

Así, del anterior relato, se desprenden dos temas relevantes que indudablemente crean incertidumbre en cuanto a la veracidad del testimonio de la niña. Veamos:

Lo primero es en relación con el hecho de que la misma M.M.O., manifestó en su declaración en juicio que había visto muchas veces al señor J. J. M. T. en el segundo piso de la institución Héctor Abad Gómez, barriendo y trapeando los corredores, aduciendo que antes de los hechos nunca había llegado a hablar con él, aunque sus amigas sí lo hacían.

Es por ello que estima la Sala ilógico que si la menor M.M.O. ya había sido objeto de un ataque con intenciones sexuales por parte del señor J. J. M. T., quien, según sus palabras, era prácticamente un desconocido para ella, hubiera guardado, una vez más, un rotundo silencio ante las directivas del colegio y sus padres, y que una de sus mejores amigas, Yerly Durango Jiménez, ni siquiera hiciera alusión a tal situación cuando declaró en juicio.

El otro tópico relevante, se relacionada con el hecho demostrado de que en realidad el incidente donde el rector de la institución sorprendió a la menor y al procesado al interior del baño de los hombres, se dio el día lunes 27 de julio, y no el 28 como lo dijo la adolescente, circunstancia que, tal y como lo destacó ampliamente la primera instancia, hace imposible que un día antes la niña fuera agredida en las instalaciones del colegio, teniendo en cuenta que era domingo, día en el cual no hay jornada académica.

Es por lo anterior que en este caso la falta de coherencia de la menor M.M.O. en cuanto a la fecha de los hechos sí reviste especial importancia, pues esta afirmación de la

testigo desencaja toda la cronología de los eventos por ella narrados, ya que la adolescente fue enfática en afirmar que un día antes del acceso carnal, también fue atacada por el procesado en el mismo lugar, el baño de los hombres, afirmación que se derrumba ante las demás pruebas que fueron allegadas al plenario, llevando a concluir a la Sala que la testigo no ha sido totalmente sincera con la judicatura.

Todo ello lleva a concluir que el primer ataque al cual hizo referencia M.M.O. realmente pudo no haber existido, y todo fue una invención de la joven para tratar de respaldar en cierta medida su versión en cuanto a la violencia del acceso carnal, situación que indefectiblemente introduce a su testimonio una gran incertidumbre.

Frente a la coherencia externa en el testimonio de M.M.O.

Es sabido que muchas veces en los detalles está la diferencia de la verdad con la mentira, por lo que el análisis en tratándose del testigo único debe ser conjugado con otros elementos de juicio como la credibilidad, verosimilitud, procesos de memorización, interés o prejuicio del testigo, coherencia del relato, aspectos estos que pueden afectar en determinado momento el peso suasorio de la declaración de la víctima, todo lo cual se aúna a que en casos como el que nos ocupa, las llamadas pruebas periféricas pueden corroborar o desmentir los dichos del testigo.

En este punto debe destacar la Sala que la señora representante de la Fiscalía, dedicó gran parte de su memorial de apelación a transcribir nuevamente los testimonios de la víctima y las demás personas que hicieron presencia en el juicio oral, haciendo énfasis en que tales pruebas demostraban su teoría del caso, pero sin centrarse a analizar las puntuales contradicciones e incoherencias que se vislumbraron entre lo manifestado por la presunta víctima y los otros testigos que declararon en relación a aspectos que rodearon el hecho ocurrido el lunes 27 de julio.

El primer tema que llama la atención de la Sala, tiene que ver con el estado de ánimo que tenía la menor luego de que el rector de la institución, Elkin Ramiro Osorio

Velásquez, la sorprendiera en uno de los baños de la institución, instantes después de que presuntamente J. J. M. T. la accediera carnalmente en contra de su voluntad. Las contradicciones frente a este tema son evidentes:

M.M.O. manifestó que para accederla carnalmente, el acusado la sentó en uno de los mesones del baño, que ella en ese momento lo insultaba, **lloraba** y se movía, que lo arañó en el brazo derecho y que él le decía que iba a matar a sus papás; que cuando el rector llegó ella ya llevaba allí aproximadamente media hora y que aquel pudo verle en aquel momento *“los ojos aguados”*. Manifestó que en medio de los hechos, ella insultaba a su agresor y le decía que eso no se quedaría así.

De lo anterior puede inferirse el brutal ataque al que dijo la menor M.M.O. fue sometida por parte de su agresor, donde la víctima, en medio de lágrimas, empujones y arañazos, intentaba repudiar al atacante, quien la amenazaba con un revólver.

Es indudable que la situación atrás narrada debió crear en la joven una alta carga emocional, pues se trataba de una menor de tan solo 13 años de edad que nunca había tenido encuentros sexuales previos, y que ahora era accedida carnalmente por medio de la violencia por un desconocido, situación que se torna tan traumática que, basados en las reglas de la experiencia, se debió haber traducido en alguna reacción corporal de la menor, así fuera la más mínima, como llanto, sensación de enojo o repudio, miedo o consternación, sentimientos fácilmente perceptibles por un observador externo que tuviera contacto con la agredida instantes después de lo ocurrido.

No obstante lo anterior, el señor Elkin Ramiro Osorio Velásquez relató que al abrir la puerta del mencionado baño la escena que encontró fue una muy diferente, pues la estudiante se encontraba al lado del lavamanos, con la cara y las manos mojadas, y el acusado estaba parado donde se encuentran los inodoros. Dijo que la joven estaba *“tranquila, normal, no la vi sudando”*, y decía reiteradamente que estaba tomando agua porque tenía una hernia. En contrainterrogatorio, el testigo manifestó que en esa primera reunión que tuvo con M.M.O. y J. J. M. T., instantes después de los hechos, no vio asustada a la adolescente, ni llorando, ni *“con los ojos abiertos”*, sino que la vio

absolutamente tranquila, reiterando siempre la respuesta de que tomaba agua porque tenía una hernia.

En igual sentido rindió testimonio la doctora Livia Ester Biardeau, psicóloga de profesión que para el momento de los hechos prestaba sus servicios en el programa Escuelas Para la Vida. Manifestó la testigo que aquel 27 de julio fue llamada por el rector para atender el caso de una niña que había sido sorprendida con un adulto en uno de los baños del colegio. Indicó que reconoció a la estudiante involucrada en el asunto, que le preguntó por los hechos pero esta solo le dijo que estaba tomando agua. Indicó la profesional que aquella mañana observó a la adolescente tranquila, orientada en tiempo y espacio, sin registrar ningún signo físico de ansiedad o estrés, contestando con tranquilidad lo que se le preguntaba.

Así, se tiene la percepción de dos personas, uno de ellos un rector de colegio con amplia experiencia en el manejo de jóvenes a raíz de su labor en la institución educativa, y la otra una profesional entrenada con estudios en psicología, ninguno de los cuales pudo detectar en la presunta víctima algún asomo de crisis, llanto, estrés, ansiedad o síntoma que permitiera evidenciar el brutal ataque al cual presuntamente había sido sometida minutos antes.

Aunado a lo anterior, no es cierto, como lo dijo M.M.O. en su testimonio, que el rector Osorio Velásquez la hubiera observado con los “ojos llorosos”, pues contrario a ello, el directivo dijo haber percibido en la menor una actitud absolutamente tranquila, sin mencionar en momento alguno expresiones corporales o gestuales de las cuales se pudiera inferir un evento tan traumático como el narrado por ella tres días después.

La Sala es consciente de que no en todos los eventos se puede exigir de una víctima de abuso sexual determinada reacción estereotipada, pues es evidente que cada persona actúa de manera diferente ante ciertas situaciones, por lo que son las características propias de cada caso las que se deben analizar en detalle para llegar a una conclusión que medianamente se acople con la realidad de lo sucedido, y en este evento lo que se obtiene de tal examen es un pronóstico que solo crea incertidumbre, pues estamos ante una menor que supuestamente fue accedida carnalmente de manera violenta en el baño

de su colegio por parte de un empleado, y que segundos después de tan aberrante hecho se muestra totalmente tranquila, sin exteriorizar ningún tipo de miedo, zozobra o desazón, para luego narrar con tranquilidad y sin asomo de dubitación una versión amañada que mantuvo durante más de tres días ante sus padres y profesores.

Otros aspectos que también se vislumbran relevantes frente a la coherencia externa en el testimonio de la joven M.M.O., tienen que ver con la manera en que llegó la estudiante al lugar donde sucedieron los acontecimientos y la forma en que ingresó al mismo.

Fue así como adujo la presunta víctima, que el día de los hechos había salido temprano de clases, y que ella le dijo a sus amigos que la esperaran mientras iba al baño. Manifestó que el recinto de las mujeres estaba cerrado y uno más que se hallaba en el tercer piso también, por lo que optó por decirle a la señora del aseo que si la acompañaba al baño de los hombres, ante lo cual dicha empleada se negó y le indicó que no le pasaría nada. Relató M.M.O. que cuando llegó al referido baño el piso estaba seco y la puerta abierta. Que decidió entrar porque no vio a nadie allí, pero que estando en el sitio hizo presencia el señor J. J. M. T., quien cerró la puerta inmediatamente.

Al respecto declaró la señora Luz Libia del Socorro Oquendo, empleada de oficios varios de la institución, quien negó haber tenido contacto con M.M.O. en los instantes previos a los hechos, manifestando que dicha estudiante nunca le pidió la llaves prestadas y mucho menos que le hubiera solicitado que la acompañara al baño.

La señora Luz Libia también señaló en su testimonio que los baños de la institución solo permanecían abiertos en los descansos, pero que si un niño requería el servicio le abrían la puerta. Indicó que el baño de los hombres está en el segundo piso, el cual no era utilizado por las niñas y se mantenía cerrado, aunque igualmente si lo necesitaba algún estudiante se le abría la reja. En igual sentido se pronunció el rector Elkin Ramiro Osorio, quien dijo que en las mañanas los baños solo se abrían en descanso, para evitar que los alumnos evadieran sus responsabilidades o consumieran drogas, posición que se compagina con lo dicho por el procesado J. J. M. T., quien aseguró que la orden era que el baño mantuviera cerrado y se abriera solo en descanso.

De lo anterior llama la atención de la Sala el hecho de que la víctima hubiera dicho que cuando llegó al baño, este se encontraba abierto y que pudo ingresar libremente a dicho recinto, pues esta aseveración tampoco se compadece con lo dicho por los empleados del colegio, incluido el procesado, quienes indicaron que estos espacios siempre permanecían cerrados mientras los estudiantes estaban en clase.

Aunado a lo anterior, se tiene que aunque la presunta afectada quiso respaldar su versión con la de su amiga Yerly Durango Jiménez, solicitándole que dijera al estrado que esta última había visto cuando aquella ingresó sola al baño y detrás suyo el agresor que cerró con candado, esta coartada fue derruida, pues la joven Yerly aceptó en juicio que nunca había observado tal situación, pero que dijo aquello porque su amiga le había pedido que *“la ayudara”*.

Del anterior análisis, la Sala debe afirmar que nuevamente se denota en M.M.O. falta de sinceridad en sus dichos, pues su relato no se corresponde con los otros testimonios que recrearon algunos aspectos periféricos relacionados con los hechos, creando un ambiente de duda e incertidumbre sobre la forma en que se presentaron, pues no se explica como la menor pudo ingresar libremente a un baño que, como lo narraron insistentemente los testigos, permanecía cerrado en el horario por fuera de los descansos, surgiendo coherente la tesis de que debió acudir a alguno de los empleados para que le abriera, en este caso el señor J. J. M. T. Montoya, y si ello fue así, resulta ilógico que si la estudiante ya había sido objeto de un ataque sexual el día anterior por parte dicho ciudadano, no hubiera tenido ningún temor de ingresar sola al mencionado recinto cuando el supuesto agresor se encontraba allí.

De todo lo anterior, lo que sí se encuentra plenamente claro es que la menor M.M.O. ingresó al baño de los hombres de la institución educativa Héctor Abad Gómez, y que al ser sorprendida allí por el rector del colegio, se encontraba acompañada del señor J. J. M. T., empleado del aseo, aunado a que la reja del recinto se encontraba cerrada con llave, lo cual no permitía el ingreso de otras personas.

En cuanto al arma con la cual presuntamente se cometió el crimen.

Sobre este tema, la señora juez destacó en su sentencia, que el señor J. J. M. T. Montoya aceptó haber exhibido un arma de fuego a sus compañeros de trabajo, situación que fue aprovechada por ellas para tomarse una foto con el artefacto.

En cuanto a la existencia de la fotografía en el celular del acusado, señaló la primera instancia que fue la misma M.M.O. quien confirmó en la entrevista rendida ante la psicóloga Nancy Estupiñan, que una de las fotos que había en el celular de J. J. M. T. era de las señoras del aseo con un arma, indicando la menor que las reconoció porque tenían el uniforme del colegio.

A raíz de lo anterior concluyó la *a quo* que es posible y razonable considerar que M.M.O. describió, no el arma que le exhibieron para amenazarla, sino el arma que había visto en la fotografía, en poder de la empleadas de oficios varios del colegio.

En contraposición a esta tesis, la Fiscalía manifestó que no era probable que la agredida, por una fotografía que viera en el celular de J. J. M. T., le quedara el recuerdo del arma en su mente, pues se pudo constatar que en dicho aparato se observaban todo tipo de armas, y no precisamente la descrita por la niña M.M.O.

Al respecto debe decir la Sala que el argumento de la recurrente se torna evidentemente pobre en relación con lo expresado por la primera instancia, ya que fue la misma menor la que, en entrevista rendida en el CAIVAS, hizo mención de la fotografía que había observado en el celular del acusado, con lo cual se establece que sí mantuvo en su memoria tal artefacto, y que efectivamente pudo haber trasladado esa imagen al evento ocurrido en el baño el 27 de julio.

La posible motivación para mentir frente a la violencia en el acceso carnal.

Frente al tema de la valoración del testimonio del menor en casos de abuso sexual, la Corte ha sido clara que estos, en ocasiones, también pueden separarse de la verdad o

distorsionarla, por lo que su relato debe revisarse a la luz de los postulados de la sana crítica, sin que su minoría de edad signifique que automáticamente se les debe dar crédito a la totalidad de sus aseveraciones. Así se expresó ese Máximo Tribunal al respecto:

*“No soslaya la Corte, desde luego, que **los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aún adulto, o que lo narrado por ellos es factible que se aleje de la realidad, la maquille, oculte o tergiversar, sea por ignotos intereses personales o por manipulación, las más de las veces parental.***

*Precisamente, **lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables.**”⁴.*

La Fiscalía señaló en su memorial, que la menor M.M.O. no tenía ninguna motivación para denunciar unos hechos tan graves en los cuales se involucraba a una persona desconocida para ella, tesis que en sentir de la Sala no es contundente, teniendo en cuenta que son varios los elementos de prueba que fueron allegados al plenario y que demostrarían que la menor, más que inventar una historia para perjudicar al procesado, pudo variar la realidad como un mecanismo de defensa para amainar el reproche de sus padres al ser descubierta por el rector dentro del baño de la institución con un hombre adulto.

Lo anterior se fundamenta inicialmente en el hecho de que la presunta víctima nunca comentó a sus padres el incidente sucedido el día 27 de julio en el colegio, teniendo que pasar tres días para que estos se enteraran, y no por palabras de la menor, sino porque fueron citados al colegio por el rector Elkin Ramiro Osorio, lo cual confirma la intención inequívoca de la estudiante para que este evento no llegara a oídos de sus progenitores.

⁴ Radicado 35.080 del 11 de mayo del 2011.

Nótese que desde el primer momento en que la adolescente fue sorprendida en el baño con el procesado, le solicitó al rector que por favor no llamara a su mamá porque “*era muy brava*” y en cuanto a su padre manifestó que también se iba a enojar porque había tenido un problema con “*un amigo o novio policía*”.

De lo anterior se puede inferir el miedo reverencial que M.M.O. sentía hacia sus padres, y ello también se pudo evidenciar en la reunión del 30 de julio en la oficina del rector, donde, según palabras del señor Elkin Ramiro Osorio, se pudo percatar que aunque la niña llegó tranquila, la empezó a ver nerviosa cuando su padre estaba allí, pues este le hacía a la menor un gesto de que “*le iba a pegar en la cara*”.

En este punto también resulta importante destacar lo manifestado por M.M.O. a la doctora Lina Marcela Pulgarín Zuleta, psicóloga adscrita a la Policía Nacional, donde expresó que tenía mucho temor a ser juzgada por haber “*perdido la virginidad*”.

Con lo anterior, se entrelazan en esta historia varios aspectos que pudieron llevar a la presunta afectada a mentir a sus padres y las autoridades frente a lo realmente sucedido aquella mañana en el baño de la institución educativa José Abad Gómez, pues es evidente que la niña no quería ser castigada por sus progenitores frente al hecho de haber sido encontrada en ese sitio encerrada con un hombre adulto, y menos aún si se descubría a través de un médico que podía haber sostenido una relación sexual, por lo que su defensa frente una encrucijada de tan grave envergadura fue la de introducir a su relato un elemento que la descargaría de cualquier culpa ante tan bochornosa situación, que no fue otro que asegurar que su acompañante había esgrimido un arma de fuego para doblegar su voluntad, estrategia para la cual la adolescente contó con tiempo suficiente en su elaboración, teniendo en cuenta que hizo pública esta historia solo hasta tres días después del incidente en el baño de hombres.

De lo anterior, surge de manera espontánea una nueva tesis, la cual ya avizoró el representante de la víctima en su escrito de apelación, que explicaría la presencia de M.M.O. en el baño acompañada del procesado y la extraña actitud de la estudiante para no comentar a sus progenitores lo sucedido, revelando de paso el motivo por el cual el acusado no respondió de manera inmediata los llamados del rector que tocaba a la

puerta del recinto aquella mañana, y no es otra que predicar que efectivamente el señor J. J. M. T. y la joven M.M.O sostuvieron en el mencionado lugar un acceso carnal consentido, situación que trató de ser ocultada por ambos protagonistas de la historia, cada uno defendiendo un interés personal, pues mientras la menor temía ser castigada por sus padres ante tal situación, el acusado era consciente de que había tenido una relación sexual con una alumna menor de edad, lo que evidentemente le traería consecuencias legales.

Fue por ello que M.M.O. mantuvo incólume hasta último momento su versión de que nada había sucedido en aquel sitio, relato que sostuvo ante los profesores y psicólogos de la institución, pero ante la presión de sus padres y el posible descubrimiento de estos de que “*había perdido la virginidad*”, no tuvo otro mecanismo de defensa que traer a colación el arma de fuego de la cual ya tenía conocimiento que el señor J. J. M. T. portaba en el colegio, pues así lo había observado a través de las fotografías que encontró en el celular de aquel, manipulando de paso a su amiga Yerly Durango Jiménez para que falsamente asegurara que había visto cuando el acusado entraba detrás de ella al interior del baño.

Surgen entonces pertinentes es este momento las preguntas que se hizo la señora Fiscal en su memorial de apelación:

¿Por qué no abrió el acusado la reja del baño cuando el rector llamo para saber quién se encontraba adentro? ¿Por qué J. J. M. T. esperó que el rector fuera por las llaves?

La respuesta a las anteriores inquietudes se responden al analizar el contexto en que se presentaron los acontecimientos, pues es evidente que tanto M.M.O. como J. J. M. T. Montoya no querían ser sorprendidos en una situación incómoda de la cual deberían dar explicaciones, máxime cuando era el rector de la institución quien tocaba a la puerta, pues el solo hecho de estar encerrados en aquel sitio ejecutando actos libidinosos era una conducta que no era permitida en la institución y por lo cual seguramente el procesado sería sancionado disciplinariamente, y en el caso de la estudiante su temor a ser sorprendida allí era aún más grande, ya que el miedo al

reproche de sus padres la llevó incluso a ocultarles dicho incidente hasta último momento.

Frente al acceso carnal ocurrido aquella mañana, el mismo se corrobora con el dictamen médico legal sexológico practicado a la joven, el cual concluyó que la niña tenía un himen dilatado con una equimosis entre las 7 y las 9 del cuadrante del reloj, producida entre 3 y 7 días atrás, sin que se hubiera demostrado en la actuación que dicha lesión hubiere sido generado por otro evento traumático diferente al acontecido en el baño de la institución Héctor Abad Gómez.

También resulta relevante la forma detallada en que la estudiante describió el acceso carnal de que fue objeto, indicando como el acusado la montó en el mesón del baño y le bajo su ropa interior, quedando sentada frente a su acompañante con las piernas abiertas, momento en el cual fue penetrada por vía vaginal, para lo cual J. J. M. T. utilizó *“un condón que parecía una bombita”*, describiendo el acto como *“algo muy baboso dentro de ella”*.

En cuanto a la posible relación que podía existir entre el acusado y la víctima, se tienen varias referencias que dan cuenta de ello, pues aunque M.M.O. siempre negó contacto alguno con J. J. M. T., lo cierto es que sí existieron acercamientos entre este y el grupo de amigas de la estudiante, al punto de que en repetidas ocasiones el acusado le prestó su celular a las niñas para que escucharan música y se tomaran fotos, aunado a que la señora Luz Libia del Socorro Oquendo, empleada del aseo, expresó que en varias ocasiones vio conversando a los dos protagonistas de este hecho.

De lo anterior se extrae que el procesado no era un completo desconocido para M.M.O., pues ambos se veían constantemente en los corredores del colegio y había entre ellos cierto nivel de confianza que fue más allá de encuentros casuales entre un empleado del aseo y la estudiante, y ello se evidencia con el hecho de que a J. J. M. T. no le preocupara dejar en manos de la menor un elemento tan personal como su teléfono celular.

También resulta relevante que J. J. M. T. ya viniera haciendo comentarios extraños a otra de las amigas de la menor M.M.O., tal y como lo narró la niña Yerly Durango Jiménez, quien expresó que en una ocasión dicho ciudadano le puso la mano en la pierna y le ofreció dinero y un celular, conducta que no es de esperarse de un empleado del colegio para con las estudiantes, y de la cual se denota el deseo intrínseco que tenía el acusado para acercarse más íntimamente a las jóvenes con las cuales ya se había generado cierto grado de amistad, aunado al hecho de que, aunque no se acreditó la intención inequívoca del enjuiciado para que las estudiantes tuvieran acceso al material pornográfico que este mantenía en su celular, lo cierto es que las menores, por su curiosidad natural, auscultaron esos contenidos no aptos para su edad.

En este orden de ideas, la Sala considera que en este caso lo que se dio fue un acceso carnal consentido entre el señor J. J. M. T. y la menor M.M.O., quien para el momento de los hechos contaba con tan solo trece años de edad, circunstancia que evidentemente debió ser conocida por el agresor, teniendo en cuenta que veía diariamente a la estudiante en el colegio y se generó entre ellos determinado nivel de confianza que le permitía al procesado conocer el año que cursaba, de lo cual se podía concluir fácilmente su edad.

¿Puede la Sala condenar en este caso por un delito de menor entidad?

Ha sido reiterada la línea jurisprudencial en el sentido de que cuando de manera excepcional el juez pretenda apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, es necesario que respete los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de menor o igual entidad.⁵

Es incuestionable que al mantener el núcleo esencial de la imputación fáctica se garantiza plenamente el ejercicio del derecho de defensa, pues esa es la base de la cual

⁵ Corte Suprema de Justicia. Radicado 44458 de 2014

se deriva la calificación jurídica que, realmente, corresponde aplicar, y por ello, en cuanto se conserve el aspecto medular de los hechos, no es factible predicar la violación de la referida garantía, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido en tal caso la oportunidad de desvirtuarlos mediante la aportación de pruebas o de controvertir el alcance dado a los mismos a través de argumentaciones de carácter intelectual, comportando su adecuación jurídica una labor que únicamente cobra carácter definitivo en el respectivo fallo.

En el presente asunto, aunque se retiró un elemento estructural de la conducta por la cual acusó la Fiscalía, como lo es la supuesta violencia que se utilizó el agente para doblegar la libre autodeterminación del sujeto pasivo, queda incólume el hecho del acceso carnal por vía vaginal a una menor de 13 años de edad, circunstancia que hizo parte del núcleo factico de la acusación y que fue demostrada, por lo que este elemento puntual no está sufriendo variación alguna, otorgándosele a la defensa la oportunidad de controvertir las pruebas que se allegaron por la comisión de dicha conducta, la cual por sí sola ya comportaba una transgresión del tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Así, teniendo en cuenta que la conducta por la cual se muestra necesaria una sentencia de condena tiene que ver con un punible del mismo género al que se hizo referencia en la acusación, pero con menor entidad que el imputado originalmente por parte de la Fiscalía, y no se ha variado el núcleo factico de la imputación, la Sala considera procedente revocar el fallo absolutorio proferido por el Juzgado 8° Penal del Circuito de Medellín, para en su lugar proferir condena en contra del señor J. J. M. T., como responsable del tipo penal de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, donde resultó afectada la joven M.M.O., en las circunstancias ya descritas en párrafos precedentes.

Como argumento final, debe destacar la Sala que en situaciones tan difíciles como la que se acaba de analizar, no se puede descargar la responsabilidad de su ocurrencia en

los menores que resultan víctimas de tan graves ilícitos, pues son precisamente los adultos que cometen dichos actos quienes se aprovechan de la inocencia e inmadurez psicológica de los niños y adolescentes para involucrarlos de manera indebida en actividades de contenido libidinoso, siendo los padres de estos jóvenes agredidos los primeros llamados a brindarle todo el apoyo que estos necesiten, como es el caso de la estudiante M.M.O.

TASACION DE LA PENA.

Se tiene que la condena a imponer recae sobre el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, consagrado en el artículo 208 del Código Penal, que fuera modificado por la Ley 1236 de 2008, con pena de prisión de doce (12) a veinte (20) años de prisión.

En atención a lo preceptuado en el artículo 61 del CP, corresponde dividir el ámbito de movilidad en cuartos, resultando los siguientes: un cuarto mínimo de 144 a 168 meses, cuartos medios entre 168 meses 1 día a 216 meses; último cuarto de 216 meses 1 día a 240 meses.

Para el caso del señor J. J. M. T., no concurren circunstancias genéricas de mayor punibilidad, obrando una de menor por la carencia de antecedentes penales, por lo que debemos movernos dentro del cuarto mínimo, es decir, entre 144 y 168 meses.

Seguidamente deviene hacer la ponderación conforme a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Partiendo de lo anterior, estima la Sala procedente asignar para dicho ciudadano la pena mínima, ya que la acción cometida por el acusado no fue más allá de la gravedad propia de este tipo de conductas punibles, siendo la sanción a imponer al señor J. J. M. T. de

ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, más la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por idéntico al término.

VI. SUBROGADO PENAL Y PRISIÓN DOMICILIARIA

Ninguno de estos institutos resulta procedente atendiendo a la prohibición que trae la Ley 1098 de 2006, en su artículo 199, en el cual consagra el punible por el cual se procede dentro del catálogo de prohibiciones de subrogados, situación en la que se encuentra precisamente el condenado. Se libraré la respectiva orden de captura.

Por lo anterior, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución, **REVOCA PARCIALMENTE** la sentencia de fecha, origen y contenido indicados para en su lugar:

PRIMERO: CONDENAR al señor J. J. M. T., de condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena de CIENTO CUARENTA Y CUATRO (144) MESES DE PRISIÓN, al ser declarado autor material y penalmente responsable del punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en los términos en que se discurrió a lo largo de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR al sentenciado a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena de prisión.

TERCERO. NEGAR al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y la prisión domiciliaria por las razones expuestas en esta decisión. En consecuencia, líbrese la respectiva orden de captura.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria a favor del señor J. J. M. T., por el punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Esta providencia queda notificada en estrados y en aplicación del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia⁶ contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO

MAGISTRADO

⁶ Entre otras las decisiones con radicados 38.005, 45.382, 37.858, 48.012 y 48.442 todas del año anterior.