PROCESO: 05212-60-00-201-2015-00457
DELITO: Acto sexual violento agravado y en concurso homogéneo
CONDENADO: Francisco Fabián Benjumea
PROCEDENCIA: Juzgado 2º Penal del Circuito de Bello, Antioquia
OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Luís Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Proyecto aprobado según Acta No. 061

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Francisco Fabián Benjumea, en contra de la sentencia proferida el 22 de marzo de este año por el Juzgado 2º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, por medio de la cual se le condenó como autor penalmente responsable del delito de acto sexual violento agravado y en concurso homogéneo.

1. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

Los hechos fueron narrados por la Delegada de la Fiscalía General de la Nación en el escrito de acusación así:

> *"En la Cra. 58 no. 60_05 Barrio Buenos Aires, de esta municipalidad, durante los años 2014-2015 y a través del uso de redes sociales y mensajería de texto, el señor FRANCISCO FABIÁN BENJUMEA, quien residía en la dirección antes señalada en compañía de su compañera permanente JANETH ANAYA MORENO, su hijastra C.P.A y la hija menor de ambos, en este lugar y rango de tiempo sometió a una serie de vejámenes sexuales a la joven C.P.A de 15 años, vejámenes que consistieron en:*
>
> *Tocarla por encima y por debajo de la ropa con sus manos en los senos y vagina de ella, utilizando violencia física, para lograr este fin, dicha violencia consistía en cogerla por fuerza con las manos, empleando también violencia psicológica al amenazarla al atentar contra su madre y hermana diciéndole que si no accedía a sus pretensiones las iba a matar y a picar.*
>
> *De otra parte utilizando redes sociales y mensajería de texto el señor BENJUMEA acosaba a la joven C, enviándole mensajes con contenido explícito sexual, igualmente acechaba y amenazaba presentándose en el colegio de la menor, lugar donde (sic) fue retirado por un docente del plantel educativo".*

El 1º de noviembre de 2016, la Fiscal 163 Local, solicitó orden de captura en contra de Francisco Fabián Benjumea ante la Juez 2ª Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bello, Antioquia, la misma que se hizo efectiva el 12 de diciembre siguiente, de ahí que ante el Juez 3º Penal Municipal se llevaron a cabo las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en ésta última se ordenó la privación de la libertad en establecimiento carcelario[1].

[1] Folios 3, 5, y 9.

Posteriormente, el imputado fue acusado por la Fiscalía General de la Nación mediante escrito del 31 de enero de 2017, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia realizada el 1º de marzo del mismo año, ante la Juez 2º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello y en la cual se le llamó a responder como autor del punible de actos sexuales violentos en concurso con acoso sexual ambos agravados, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 206, 210 A y 211 numeral 5 del C. Penal, modificados por los artículos 2º y 7º de la ley 1236 de 2008 y 29 de la ley1257 de 2008[2].

El 25 de julio de 2017, durante el inicio del juicio oral, el acusado aceptó cargos por el delito de acoso sexual, por lo que se decretó la ruptura de la unidad procesal y se continúo con el juicio oral[3] por la conducta punible de actos sexuales violentos agravados, profiriéndose la sentencia que se revisa el 22 de marzo de este año y donde se condenó al acusado por los cargos atribuidos. En este sentido, se impusieron como penas la principal de 15 años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual, negándosele la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y la prisión domiciliaria.

El defensor recurrió en apelación el fallo.

2. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

La funcionaria de primer grado, luego de narrar extensamente los hechos que dieron origen a la investigación y enunciar una a una las pruebas practicadas en el juicio oral, consideró que en este evento, se encontraban satisfechas las exigencias del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para proferir un fallo de condena en disfavor del procesado Francisco Fabián Benjumea como autor

[2] Sesión del 1 de marzo de 2017. Folio 33.
[3] Sesiones del 30 y 31 de octubre de 2017. Folios 101 y 108.

responsable del delito de actos sexuales violentos agravados, pues con la prueba de cargo quedó demostrada tanto la materialidad de la conducta, como la violencia ejercida sobre la menor.

Señaló además, que la conducta típica ejecutada por Francisco Fabián Benjumea se encuentra agravada por el parentesco de afinidad que existió entre éste y la víctima, dada la convivencia que estableció con su progenitora desde que tenía 4 años de edad, por tanto, fue éste quien ejerció la autoridad en su casa.

Frente a la tesis de la defensa relacionada con que los actos sexuales sí ocurrieron, pero la conducta es atípica pues CPA se encontraba en edad para consentirlos al punto que fue ella quien los propició, señaló que los medios de convicción no lograron demostrar esta hipótesis, pues se probó con suficiencia la violencia como elemento típico del delito, siendo evidente la vulnerabilidad en la que se encontraba la menor, pues ésta fue asaltada mientras dormía.

Criticó de absurda la postura asumida por la defensa al señalar que es usual que las mujeres pese a querer un encuentro sexual tiendan a fingir renuencia, pues no sólo desconoce la normatividad nacional e internacional en relación con los derechos de las mujeres, sino también la prohibición de discriminación por razones de género.

Por tanto, la *a quo* concluyó que la tesis de la defensa no tuvo ningún sustento probatorio que generara duda sobre la tipicidad de la conducta y la responsabilidad penal del enjuiciado y decidió en sentido adverso a sus intereses.

3. DEL RECURSO

Contra dicha decisión el defensor del acusado interpuso el recurso de alzada, el mismo que sustentó dentro el término establecido en el artículo 179 del C. de Procedimiento Penal, mediante escrito presentado oportunamente.

Inicialmente mostró su inconformidad por la forma cómo la funcionaria de instancia adelantó el proceso ya que según él, mostró parcialidad, entorpeció la labor de la defensa y le colaboró a la fiscalía en su función acusatoria. Así mismo tergiversó la declaración de la víctima a efectos de soportar una sentencia de condena en contra de su representado, por lo que *"adolece de un falso juicio de identidad por adición"* pues la falladora partió de un hecho cierto y caprichosamente le adicionó algo que no correspondía con la verdad para hacerlo aparecer más grave.

Advirtió que del testimonio de C se puede deducir que si existieron los tocamientos en dos momentos pero que fueron consentidos, pues ella contaba con *"16 años menos un día de edad"* y su padrastro desde que cumplió 15 años la cortejaba, era atento con ella, cuando se demoraba en la calle indagaba por sus amistades, le hacía reclamos y esto era visto por la víctima y su madre como un enamoramiento.

Recordó que su hipótesis era esa y la judicatura obstaculizó su trabajo, pues los supuestos actos que se realizaron en tres momentos fueron narrados por la funcionaria de primera grado de forma diferente a cómo los indicó la presunta víctima, incluso hizo alusión a un cuchillo que en manera alguna fue mencionado por CPA.

Censuró el valor probatorio dado por la juez de instancia a los testimonios de Luís Fernando Camacho y la *"coordinadora Mabel",* dado que éstos sólo podían testificar respecto de la conducta punible de acoso sexual, la cual ya había sido objeto de sanción, por consiguiente, no debieron ser tenidos en cuenta.

Sostuvo que el testimonio de la investigadora Erica Zapata era una prueba ilegal porque no tuvo en cuenta la ley 1652 que señala las reglas para entrevistar a menores de edad, además, nunca demostró en qué calidad actuaba dentro del juicio, teniendo en cuenta que la fiscalía la presentó como testigo de acreditación y la judicatura la aceptó como testigo de referencia; de ahí que su testimonio debió ser excluido.

Igual opinión le merecieron los demás testigos de cargo, pues sus intervenciones en nada coincidieron con lo dicho por la presunta víctima, aspectos que le permite concluir que existió una confabulación para hacerle daño al hoy condenado y que la sentencia se fundamentó en prueba de referencia, de ahí entonces que solicite la revocatoria del fallo.

De otro lado, el censor deprecó la nulidad de lo actuado por vulneración al derecho de defensa y debido proceso por dos aspectos fundamentales:

El primero, tiene que ver con unas pruebas comunes que solicitó durante su intervención en la audiencia preparatoria y que fueron negadas por la juez de instancia sin tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal la cual señala que la carga argumentativa adicional se le exige a la defensa si los testigos que solicita no son los denunciantes y en este caso, lo eran.

En segundo lugar, censuró que la funcionaria de primer grado permitiera la declaración de testigos que expusieron sobre el delito de acoso sexual y no sobre el de actos sexuales, pues sobre ésta última conducta era que se estaba adelantando el juicio, máxime cuando Francisco Benjumea ya había aceptado cargos, circunstancia que influyó significativamente en su decisión.

Así mismo, Francisco Fabián Benjumea dentro del término oportuno para sustentar el recurso de apelación dio traslado de su inconformidad, sin embargo, éste se tendrá en cuenta como coadyuvante del interpuesto por su defensor, dado

que al momento de verbalizar si se oponía a la decisión de la *a quo*, el condenado guardó silenció.

Fue así como el acusado sostuvo que para emitir sentencia de condena en su contra sólo existen las manifestaciones realizadas por la menor, en tanto, no hay medios tecnológicos que la soporten, ni alguien que confirme lo dicho por ésta, circunstancia que vulnera sus derechos a la presunción de inocencia e *indubio pro reo*.

Afirmó además, que no se tuvieron en cuenta al momento de tasar la pena, su buena conducta, la carencia de antecedentes penales y la marginalidad y pobreza extrema que afronta actualmente.

Señaló que la labor de la defensa *"brilló por su ausencia"*, dado que era necesario contratar un investigador que llevara a cabo sus labores.

Manifestó que la menor se le *"ofrecía"* pero que él no accedió a sus pretensiones y que su conducta tiene que ver con que *"hoy en día las menores son muy atrevidas contrario a las damas de antaño que eran más recatadas y existían valores morales más sólidos*".

Finalmente solicitó la revocatoria de la sentencia.

4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. 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.

2. Los problemas jurídicos planteados por el censor, se contraen a determinar i) si con la prueba recaudada en sede de juicio oral, es posible predicar, más allá de toda duda razonable, la autoría del delito de actos sexuales violentos agravados, en cabeza del hoy sentenciado, pues en opinión del defensor, la funcionaria de primer grado fundamentó la sentencia de condena en una indebida valoración probatoria; y ii) si en la audiencia preparatoria y juicio oral se incurrió en irregularidades que invalidan la actuación por violación al derecho de defensa y debido proceso.

A fin de dar respuesta a los temas planteados por el defensor, la Sala considera que por lógica, se debe atender primero, el que toca con la nulidad de lo actuado, pues el sustento que la soporta, no la hace subsidiaria.

3. El argumento utilizado por el recurrente para solicitar la nulidad es que la juez de instancia obstaculizó el trabajo de la defensa y lo privó de la posibilidad de llevar a juicio como sus testigos a las denunciantes CPA y Janeth Anaya, así mismo, permitió la intervención de testigos que declararon sobre otra conducta punible que ya había sido objeto de sanción.

3.1 Pues bien, en relación con el primer motivo de nulidad, se tiene que el 9 de junio del año pasado durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, el defensor solicitó los testimonios de la víctima CPA y el de su madre Janeth Anaya, los cuales fueron inadmitidos por el juzgado de primera instancia por falta de argumentación respecto a su pertinencia; dicha decisión fue objeto de los recursos de reposición y en subsidio apelación, sin embargo, éstos fueron declarados desiertos pues, según la *a quo*, no fueron sustentados en debida forma. Nuevamente el defensor recurrió, pero la funcionaria mantuvo su determinación inicial, por consiguiente el censor propuso el recurso de queja, el cual no fue tramitado por esta Sala en atención a que la providencia que decide la reposición no es susceptible de recursos.

Una de las principales garantías del debido proceso es el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, *"de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga"*[4].

La Sala en este caso, no evidencia tal resquebrajamiento del derecho de defensa y debido proceso, ya que durante la audiencia preparatoria el censor tuvo la oportunidad de solicitar las pruebas que consideraba necesarias para soportar su teoría del caso, contrario es que al momento de argumentar la pertinencia de los testimonios comunes, como era su obligación, la juez de instancia la encontró escasa, aspecto que redundó en la negación de las mismas y como consecuencia, la interposición de los recursos de ley por parte del abogado; es decir, en manera alguna se le coartó ese derecho que le asistía, cosa muy diferente es que no haya utilizado el espacio procesal correspondiente para sustentar en debida forma su solicitud y su inconformidad.

Ahora bien, resulta válido recordarle al togado que la posibilidad de acceder a la práctica de pruebas comunes debe admitirse según criterios de razonabilidad y eficiencia, dado que el interés del interviniente para servirse de la prueba de su oponente para sus propios intereses se satisface a través de la oportunidad que le asiste de contrainterrogar, y en el *sub judice* ese derecho fue ejercido por el defensor en su momento procesal oportuno, sin que haya expuesto de forma correcta qué aspectos dejó de tocar al no poder interrogar directamente a las testigos y porqué esa omisión se convirtió en factor determinante del fallo de condena. Más claro, dejó de acreditar la trascendencia del acto presuntamente irregular.

---

[4] Corte Constitucional, sentencia C-617 de 1996.

Por tanto, la solicitud de nulidad deprecada resulta abiertamente improcedente, en tanto supone abrir otro espacio procesal para prolongar un debate que ya fue objeto de controversia y que fue resuelto por el juez competente, lo que devela un desconocimiento por parte del abogado defensor del principio de preclusividad, el cual señala que cada trámite procesal se cumple a partir de etapas previstas en tiempo y oportunidades diferentes, las cuales son obligatorias para el juez y los demás sujetos procesales, por lo que una vez superadas impiden devolver la actuación.

3.2 Frente al reproche que le hace a la funcionaria de primer grado por haber permitido la intervención de testigos que dieron cuenta de la comisión del delito de acoso sexual, segundo motivo de nulidad invocado, considera la Sala que se trata una opinión personal carente de sustento jurídico, dado que el soporte principal de la decisión es la versión de la menor ofendida, la cual fue corroborada a través de otros medios de prueba como se verá a continuación; además, son dos delitos estrechamente ligados por circunstancias de su ejecución, lo que otorga pertinencia a la prueba, así en apariencia se refiera a uno de ellos.

Y es que también, el defensor hubiese podido controlar la producción de la prueba con los instrumentos que le otorga el ordenamiento jurídico, como las oposiciones y el contrainterrogatorio*;* por lo anterior, itera esta Colegiatura, la nulidad deprecada por el censor no resulta procedente.

4. De otro lado, dice el recurrente que la funcionaria de instancia tergiversó la declaración de la víctima a efectos de soportar una sentencia de condena en contra de su representado, por lo que *"adolece de un falso juicio de identidad por adición"* ya que partió de un hecho cierto y caprichosamente le adicionó algo que no correspondía con la verdad para hacerlo aparecer como más grave.

A efectos de verificar el grado de acierto de la manifestación realizada por el censor la Sala habrá de revisar el contenido de la declaración rendida por CPA, no sin antes recordar, que las víctimas de los delitos sexuales tienen derecho:

> *"…3) a ser tratadas con respeto y consideración durante todo el proceso judicial y a que se adopten medidas para evitar que el proceso penal conduzca a una segunda victimización,…5) El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima; 6) el derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias innecesarias en la vida íntima de la víctima"* [5]

Lo anterior para indicar, que buscar restar credibilidad a la menor acudiendo a calificativos irrespetuosos y discriminatorios, solo contribuye a revictimizarla afectando aún más sus derechos, evidenciándose con ello que no se tienen argumentos serios para controvertir la prueba, como a continuación pasará a explicar la Sala.

Expuso la víctima CPA, quien al momento de rendir declaración ya contaba con la mayoría de edad, que a mediados del mes de noviembre de 2014 cuando contaba con 15 años, su padrastro Francisco Fabián Benjumea la *"toco*" en dos oportunidades e intentó accederla una vez y procedió a narrar los acontecimientos indicando que el primero de ellos, ocurrió cuando se encontraba acostada, siendo aproximadamente las siete de la mañana así:

> *"(…)*
>
> *Me encontraba en mi habitación durmiendo, en ese momento entra el señor y me pone la mano en la boca y me dice que no vaya a gritar, pues yo le decía que no, que vea que qué iba a hacer y él me decía que no fuera a gritar, entonces no sé por temor y eso, pues yo me quede quieta. Fiscalía: ¿te quedaste quieta y que pasó? CPA: eh me toco. F: ¿te tocó donde? CPA: en la vagina y los senos y me daba besos. Fiscalía: ¿te daba*

[5] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP7326-2016. Radicado 45585 y Radicado 37044 del 7 de diciembre de 2011.

besos donde? CPA: en la boca. F: en ese momento tú dices que te quedaste quieta, cuando nos dices que él te colocaba las manos en la boca ¿nos puedes describir ese momento? CPA: fue muy desesperante, porque es la impotencia de que están, te están interrumpiendo en tu espacio y yo le decía que no y él me tapaba la boca.

(…)

Manifestó también que en la misma semana se encontraba en la habitación de su mamá acostada con su hermanita y el acusado decide acercarse y la toca en la vagina y los senos, ella decide quedarse quieta por temor pues le decía *"que la vida era muy linda"*, agregó que su hermanita no se dio cuenta porque estaba dormida y continuó:

"Luego de que sucedió eso, una semana después yo me encontraba en la cocina porque tenía dolor de estomago, entonces calenté agua con limón para tomar, en ese momento mi mamá se va y él sale de la pieza y me dice que teníamos que terminar lo que ya habíamos empezado. Así que me toma del brazo y me iba a meter a la habitación entonces yo lo que hago (sic) empecé a gritar y la señora de la casa en ese momento sube con el hijo y recuerdo que se cayó una varilla y el susto fue horrible y la señora ahí mismo me bajó con mi hermana"
(…)

Fiscalía: ¿antes de que salieran a la luz los hechos, como era el comportamiento de él contigo? CPA: no era el comportamiento adecuado de un padrastro hacia una hijastra siempre era con celos cohibiéndolo a uno, en las salidas siempre había un problema porque yo no podía salir, que de pronto llegaba embarazada, que con quién andaba y siempre me decía que la vida era muy linda y que si me veía con alguien me mataba" [6].

[6] Sesión de juicio oral del 25 de julio de 2017. Minuto 31:53.

Durante el contrainterrogatorio la testigo relató los hechos en forma similar, no obstante, haber sido abordada por la defensa de forma confusa, al punto que la fiscalía objetó la mayoría de sus preguntas, de ahí que la juez de instancia le explicara las reglas contenidas en el artículo 393 del C. de Procedimiento Penal y le recordara el respeto que se le debía a la testigo[7]; por tanto, no es cierto como lo afirma el censor que se le haya obstaculizado su labor defensiva, pues surge evidente que la pretensión de la funcionaria de instancia como directora del proceso era mantener el adecuado orden y buena marcha del debate probatorio de un lado, y de otro, salvaguardar los derechos que le asistían a la víctima.

Así entonces, del anterior relato es posible inferir que la conducta desplegada por Francisco Fabián Benjumea en contra de CPA vulneró su libertad e integridad sexual dado que la víctima fue enfática y consistente en señalar que los actos desplegados por éste fueron en contra de su voluntad pues *"no deseaba y tampoco quería que la tocara",* pese a la insistencia del defensor a efectos de que aceptara que éstos habían sido consentidos porque se había quedado callada al momento de ser abordada por su padrastro, aspecto que permite a la Sala concluir que quien descontextualizó el testimonio de CPA para sacar avante su pretensión de absolución fue el censor quien dejó de lado esa premisa valiosa e ineludible consistente en que la prueba se valora en su conjunto y al amparo de la sana crítica.

Ahora bien, la actitud pasiva demostrada por la menor durante los tocamientos realizados por su padrastro encuentra explicación en el temor que dijo sentir en ese momento, máxime cuando el acusado le decía que *"la vida era muy linda"*, frase que fue interpretada por la ofendida como una amenaza, motivos suficientes para que ésta no acudiera a ningún medido de defensa pues en sus palabras *"fue muy desesperante porque es la impotencia de que te están interrumpiendo en tu espacio"*, en ese contexto no es válido interpretar, como lo hace el censor, que su pasividad fue una especie de consentimiento para que el acusado la abordara.

[7] Ídem. Minuto 01:06:17.

Y es que para esta Colegiatura el testimonio de la víctima merece plena credibilidad, como quiera que su relato se muestra espontáneo, coherente y sin contradicciones, ya que libre de todo apremio describió los eventos padecidos en manos del procesado, así mismo, se echa de menos cualquier motivo protervo que hubiera conducido a la menor a inventar los hechos con el fin de perjudicarlo, incluso durante su exposición, aceptó sentir *"compasión"* por éste, aspecto completamente entendible si recordamos que llegó a su vida cuando tenía cuatro años de edad y es además, el papá de su hermanita menor.

Pero además de la contundencia del anterior relato se contó con la presencia de la señora Yaneth Anaya Moreno, madre de la víctima quien narró, sin muchos detalles aunque de forma similar a la ofendida en sus aspectos mas esenciales, los acontecimientos ocurridos en noviembre de 2014 y si bien es cierto, no fue testigo directo de éstos, si lo es de otras circunstancias que lo corroboran y hacen más creíble el relato de la víctima, entre ellas que el comportamiento de su compañero hacía su hija no era normal, pues continuamente la celaba, además pudo observarla *"decaída y muy triste"* porque en sus palabras *"nunca le puso punto final",* luego de que ésta le informara lo ocurrido[8].

Respecto a los demás testigos de cargo, dice el censor que en nada coincidieron con lo dicho por la presunta víctima, sin embargo, el relato de Aura Elisa Bran Márquez, vecina de la menor, es contundente frente al último hecho relatado por ésta:

> *"(...)*
>
> *Un día estaba acostada cuando C me llamaba muy duro y salí por el patio y le pregunté que pasó, cuándo yo subía sentí que cayó como un palo de la cortina, yo siempre he tenido llave cuando me abrieron la puerta y don Francisco tenía a C sostenida de la mano y cuando me vio ella lo largo y*

[8] Audiencia de juicio oral del 25 de julio de 2017. Segunda sesión. Minuto 03:32.

> *yo le dije qué pasó? y él lo único que me dijo es "yo no le voy a hacer nada yo quería hablar con ella" y yo le dije y usted porque no habla con ella cuando está la mamá y C me dijo es que me cogió y que la pieza (sic) y yo le dije usted sabe que le puede pasar si yo llamo a la policía? y entonces E la niña de él se levantó y le dijo uste (sic) porque cogió así a mi hermanita"*

Esta declaración cobra especial importancia a efectos de corroborar lo dicho por la víctima, pues trasmite lo que pudo escuchar y observar de manera directa inmediatamente después de ocurrido el evento descrito por C al punto que detalló que la mano de la menor estaba "*colorada más o menos en la muñeca"*, de ahí que no se trate de prueba de referencia como la califica la defensa y mucho menos que se logre advertir una confabulación en contra de su prohijado, afirmación que se encuentra totalmente alejada de la realidad procesal.

De otro lado, criticó la defensa que la funcionaria de primer grado hiciera alusión a la existencia de un cuchillo como elemento para atemorizar o amenazar a CPA, sin embargo, se trata de una interpretación sesgada que hace la defensa respecto de la valoración probatoria efectuada por la falladora, pues ésta encontró configurada la violencia como elemento del tipo en el *"entorno de coacción"* ejercido por el acusado sobre la menor; además quienes mencionaron esta arma blanca fueron la investigadora adscrita a la fiscalía Erica María Zapata y la Delegada del ente persecutor al momento de presentar sus alegatos conclusivos, pues la primera de ellas explicó la aparición de éste a partir de la entrevista forense realizada a la menor donde expresó:

> *"Señora Juez según lo registrado en mi informe el seño Francisco cuando se le montó encima a C le tapa la boca y le dice que la vida era bella, cierto que la vida era muy bella, y en otro momento, cuando tienen una discusión le pone un cuchillo y le dice que por acá por el cuello pasa una vena principal, también le dice que su mamá tiene muchas deudas y que*

estaba muy sola. Ella manifiesta eso y que en otro momento le hace un gesto de pasar la mano por el cuello".

Entonces, se equivoca el abogado de la defensa cuando indica que la juez soporta la condena en un "*falso juicio de identidad por adición"* pues la Sala evidencia que lo expresado por la *a quo* no está lejos de la realidad probatoria, toda vez que sus manifestaciones se desprenden del anterior relato, el cual dicho sea de una vez corrobora la versión de la menor en punto a los actos sexuales realizados por Francisco Fabián Benjumea, los cuales en manera alguna se evidencian como consentidos.

Precisamente respecto del testimonio de la investigadora Erica María Zapata dijo la defensa que se trataba de una prueba que debió ser excluida en primer lugar, porque la entrevista se hizo sin presencia del defensor de familia como lo ordena la ley 1652 y en segundo lugar porque se trata de una prueba de referencia, empero, la misma ley es clara en señalar que si bien es cierto, la presencia del defensor de familia es necesaria, también lo es, que en caso de no contar con dicho profesional, se debe realizar la entrevista a través de un profesional especializado, y en el *sub judice*, Erica María Zapata es psicóloga social comunitaria con especialización en docencia virtual y labora en la Fiscalía General de la Nación desde el año 2013, además su idoneidad como profesional experta en entrevistas forenses a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, entre otros, en momento alguno fue cuestionada.

Dice también el censor que lo dicho por la investigadora era "*falso pues tergiversó la verdadera versión",* sin embargo, si así lo consideraba debió utilizar en forma idónea los mecanismos establecidos en la Ley 906 de 2004 para impugnar la credibilidad de la testigo, lo cual no ocurrió en este caso, al punto de no advertirse contradicciones y mucho menos algún interés en mentir.

Así mismo, advirtió el recurrente que la declaración de la investigadora del CTI de la fiscalía Erica María Zapata quien realizó a la menor entrevista forense, no debió ser valorada por la funcionaria de instancia por tratarse de prueba de referencia.

No obstante, dicha afirmación desconoce la jurisprudencia actual, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal[9] donde ha sostenido que cuando el testigo comparece al juicio oral, por regla general sus declaraciones anteriores no podrán ser aducidas como prueba, sin perjuicio de lo establecido en precedencia sobre los usos para refrescar memoria e impugnar la credibilidad; excepto cuando se trata de declaraciones de niños, niñas o adolescentes víctimas de abusos sexuales, pues ello habilita el uso de las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral (Subraya de la Sala).

Censuró que la juez de instancia haya valorado los testimonios de Luís Fernando Camacho y la coordinadora Mabel Zapata, como si existiera algún tipo prohibición legal que dispusiera que una vez utilizadas estas pruebas en un proceso finalizado con aceptación de cargos, éstas no sirvieran en otro, máxime cuando la unidad de temática torna inescindibles dichas declaraciones y hacen más o menos probables los hechos de la presente causa.

Frente a las manifestaciones realizadas por el acusado a efectos de coadyuvar la posición de la defensa, sólo puede rescatar esta Sala la evidente contradicción entre defensor y defendido pues de un lado, el primero hace alusión a que los hechos existieron pero de forma consentida, mientras que el segundo tras indicar que la defensa brillo por su ausencia, negó que los actos hubiesen ocurrido pese a los *"ofrecimientos"* de la víctima, además de proferir una serie de calificativos irrespetuosos que la Sala no reproducirá en aras de salvaguardar los derechos y la dignidad de la víctima, los cuales resultan carentes de relevancia dado el respaldo

[9] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal SP 14844-2015. Radicado 44056.

probatorio que sirvió de fundamento para emitir una sentencia de condena en su contra.

Se duele el procesado de la inexistencia de medios tecnológicos que corroboren lo dicho por la ofendida, no obstante, la Sala simplemente rememorará que en nuestro sistema no hay tarifa legal de prueba, de ahí que el grado de convencimiento necesario para emitir sentencia de condena se puede lograr a través de cualquier medio probatorio respetuoso de derechos fundamentales, de modo que esos medios técnicos reclamados por el sentenciado no son indispensables si se cuenta con elementos de convicción de suficiente capacidad suasoria como el testimonio de la víctima, mismo que por su coherencia interna y externa, persistencia en el relato y demás elementos de corroboración resulta suficiente para arribar al estándar de prueba del conocimiento más allá de toda duda.

Finalmente el hecho de que la juez de instancia estableciera el marco punitivo en el primer cuarto desvirtúa las censuras planteadas en torno a no haber tenido en cuenta su buena conducta anterior caracterizada por la carencia de antecedentes penales, aspecto que devela el acierto de la providencia recurrida; y frente a la marginalidad y pobreza extrema a que alude el acusado es necesario recordar que no es criterio de dosificación, ya que este tópico se encuentra estrechamente relacionada con la estructura de la conducta punible y por tanto, no es oportuno alegarlo en la audiencia de individualización de la pena[10]

En virtud de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

[10] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de mayo de 2007. Radicado 26716.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE Z
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO