



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

legis

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

SP1799-2021

Radicación N° 49360

Aprobado Acta N°. 112.

Bogotá D.C. doce (12) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

La Corte resuelve la demanda de casación presentada por el defensor, contra la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 6° Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, que condenó a SILVINO SERRANO ARENAS de los

delitos de acceso carnal y actos sexuales abusivos con menor de 14 años, ambos agravados.

HECHOS

Conforme a lo declarado probado por las instancias, en los primeros meses de los años 2008 y 2010, la menor M.F.P.O. –de 7 años de edad para la última época¹ fue víctima de abuso sexual por parte de su padrastro SILVINO SERRANO ARENAS, quien en múltiples oportunidades le quitó la ropa, le tocó sus partes íntimas (cola, senos y vagina) y le frotó el miembro viril por su cuerpo. Igualmente, valiéndose del uso de la violencia, ya que le amarraba los pies y las manos y le tapaba la boca, le introdujo los dedos por la vagina y el ano, lo cual aconteció en varias ocasiones.

Tales hechos ocurrieron en el inmueble localizado en la calle 1ª N° 23 – 37, barrio San Cristóbal de Bucaramanga, lugar donde por un tiempo vivió la menor con su progenitora y la familia de SILVINO SERRANO ARENAS (papá, hermanas y sobrina).

ACTUACIÓN PROCESAL

El 9 de octubre de 2012, ante el Juez 13 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, previa legalización de captura, la Fiscalía formuló imputación a SILVINO SERRANO ARENAS como autor del delito de acceso

¹ Nació el 19 de diciembre de 2002.

carnal abusivo con menor de 14 años agravado (arts. 208, 211-2 y 212 del Código Penal), en concurso homogéneo y sucesivo, punible no aceptado por el imputado².

El 7 de diciembre siguiente la fiscal radicó escrito de acusación³, cuya formulación efectuó el 2 de abril de 2013 ante el Juzgado 6° Penal del Circuito de Conocimiento de Bucaramanga, conforme a la misma calificación jurídica antes descrita pero adicionando el punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado (arts. 209 y 211-2 del Código Penal)⁴.

Celebrado el debate oral y público⁵, el 11 de mayo de 2016 el juzgado emitió sentencia condenatoria. En consecuencia, declaró a SILVINO SERRANO ARENAS como autor responsable de los delitos objeto de acusación y le impuso 278 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años. Igualmente, le negó los sustitutos penales⁶.

La anterior decisión fue recurrida por la defensora y la representante del Ministerio Público⁷, pero mediante fallo del 19 de septiembre de 2016, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga la confirmó en su integridad⁸.

² Folio 9, minuto 42:50 y 51:00 ss.

³ Folios 16 a 20.

⁴ Folios 30 y 31, minuto 05:25 y ss.

⁵ Sesiones del 27 de agosto, 26 de noviembre de 2013; 11 de marzo, 26 de mayo de 2014; 25 de febrero, 19 de agosto de 2015 y 1° de febrero de 2016.

⁶ Folios 125 a 151.

⁷ Folios 154 a 164.

⁸ Folios 177 a 181.

Inconforme, el nuevo defensor recurrió en casación. La demanda se admitió mediante auto del 7 de marzo de 2019⁹, mientras que la sustentación respectiva se llevó a cabo el día 26 del mismo mes y año¹⁰.

LA DEMANDA

Primer cargo.

Al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el impugnante denuncia la violación indirecta de la ley sustancial derivada del error de hecho por falso juicio de identidad.

En la demostración de la censura, cuestiona que parte de la decisión de condena se haya fundamentado en lo manifestado por la menor a la misionera Carmen Elena Suárez Rey, cuando esta no compareció al juicio oral para ratificar tal hecho sino que su exposición se conoció a través de un tercero, en este caso el patrullero José Agustín Suárez Arizaque.

Igualmente, critica que las instancias se basaran en la opinión exteriorizada por la investigadora del CTI y la psicóloga del INML frente a la credibilidad a la víctima, en la medida en que, además de que la primera no funge como perito, a dichas profesionales no les resulta permitido referirse sobre la veracidad o confiabilidad del relato del entrevistado, ya que tal función es exclusiva del juzgador.

⁹ Folio 5, cuaderno de la Corte.

¹⁰ Folios 16 y 17, cuaderno de la Corte.

En todo caso, discrepa de la consideración del Tribunal en cuanto a que el testimonio de la niña es congruente y de alta credibilidad, porque aunque en sus distintas versiones denota episodios de carácter sexual, «no tod[a]s son consistentes, pues quita o aumenta detalles al relato».

Así, explica que: i) lo reseñado por el patrullero Elver Javier García González, es tocamiento en las partes íntimas de la niña; ii) el intendente José Agustín Suárez Ariza, la introducción de un dedo en la vagina; iii) al médico legista, M.F.P.O. le contó que su padrastro «le tocaba todo el cuerpo incluyendo los genitales, se le colocaba detrás y le hacía movimientos copulatorios»; iv) a la investigadora del CTI, aquélla le manifestó que el acusado le tocaba todo el cuerpo y le «metió los dedos por la vagina y la cola»; v) a la psicóloga del INML, que tal introducción se dio a través del dedo corazón de la mano derecha y, finalmente, vi) en el juicio la agraviada hizo alusión a tocamientos con las manos y el acceso a través del pene.

Bajo esa óptica, considera que el testimonio de M.F.P.O. «requiere mayor cuidado y análisis», en razón a que al haber declarado varias veces durante la investigación, tanto a personas cercanas como a las autoridades, «puede generarse un proceso de contaminación post-suceso que altere la información original», máxime si en cuenta se tiene que la afectada había vivido un episodio de agresión sexual en octubre del año 2007.

Igualmente, resalta que, como se acreditó a través de las declaraciones de la mamá de la menor y la hermana del acusado, la niña siempre permaneció en la casa con personas

distintas a SILVINO SERRANO ARENAS mientras este salía a trabajar, de manera que a partir de ese hecho, unido a la forma como estaba distribuida la residencia, según fijación fotográfica aportada por la investigadora de la Defensoría, «es imposible que encontrándose más personas en dicha vivienda no se hayan percatado de la situación que la menor relata».

Por último, el demandante censura el desconocimiento del informe pericial médico legal sexológico y el testimonio del experto que lo suscribió. Al efecto, sin ignorar el principio de libertad probatoria, señala que al ser el «medio más idóneo y eficaz para demostrar si existió o no acceso», a través de dicha prueba se acreditó que la niña presentaba un himen anular íntegro, no dilatable, genitales femeninos normoconfigurados y tono anal normal, sin fisuras ni desgarros, resultado que, sumado a la edad de la examinada, llevó al experto a descartar «penetración de algún objeto que pudiera causar desgarro en el himen».

En tal sentido, no encuentra razonable admitir que M.F.P.O. fue accedida con los dedos y el miembro viril sin que registrara huellas o signos de penetración, excluida por el médico legista al advertir que «la distancia entre los bordes del himen es muy pequeña... por ahí no permite la introducción de un elemento extraño, como podría ser un dedo o un pene muchísimo menos».

Segundo cargo.

Con fundamento en la causal primera de casación, el demandante acusa la sentencia por violación directa derivada

del desconocimiento al principio constitucional y legal de presunción de inocencia y al estándar para emitir condena.

Luego de exponer los mismos argumentos del anterior cargo, refiere que el tipo penal previsto en el artículo 208 del Código Penal exige para su configuración «claridad» sobre las «acciones lúbricas» ejecutadas a la víctima, las cuales «deben ser demostradas objetivamente razonables (sic) y en sana crítica plausibles para producir la penetración», de lo contrario se descartaría la posible autoría y responsabilidad.

Empero, advierte que el testimonio de la afectada resulta insuficiente para acreditar ese propósito. Lo anterior, porque aquélla omitió narrar en juicio «aspectos trascendentales del abuso», particularmente la manera como ocurrieron las penetraciones, pese a que al momento de declarar contaba con la «suficiente madurez psicológica» para asumir un testimonio responsivo y veraz, con mayor razón al tratarse de experiencias traumáticas de una importancia tal que dejan huellas en su existencia. No obstante, fue necesario que la Fiscalía tuviera que intervenir para que la testigo recordara detalles de un supuesto ultraje sexual vivido.

De otro lado, advierte que, «siguiendo las reglas de la experiencia y la ciencia médica», es poco probable e incluso forzado afirmar que SILVINO SERRANO ARENAS accedió carnalmente a M.F.P.O., atendiendo los términos expuestos en juicio por el perito.

Conforme los cargos invocados, el demandante pide casar la sentencia y en su reemplazo dictar fallo en el cual se absuelva al acusado de los delitos imputados.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Reitera el argumento principal de la demanda, en el sentido de que no obstante la claridad del resultado médico legal, los juzgadores optaron por emitir condena frente al delito de acceso carnal, desconociendo el señalamiento concreto del perito legista en cuanto a la ausencia de penetración.

Por lo anterior, resalta que con el recurso excepcional, «se busca el desarrollo de la jurisprudencia en temas tan importantes como es si el operador judicial se puede apartar de lo que el dictamen pericial en juicio dijo, o por el contrario puede desconocer la conclusión».

2. La Fiscalía solicita no casar la sentencia impugnada. En cuanto al primer cargo, advierte que el Tribunal no le dio un sentido diferente al que realmente tenía la prueba pericial, sino que, basado en la interpretación jurisprudencial, estableció que carecía del mérito necesario para descartar el acceso que dijo haber sufrido la víctima.

Así, recuerda que la segunda instancia fundó su decisión en la postura de esta Corporación en providencia CSJ SP, 12 nov 2014, rad. 34049, en la que precisó que «la desfloración no lleva inexorablemente a concluir que no hubo penetración». Y aunque el examen físico médico sexológico es la prueba más idónea para demostrar ese hecho, agrega, no es el único medio ante la inexistencia de tarifa probatoria (CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 44564).

Frente a la alegada credibilidad de la menor, destaca el análisis del ad quem al advertir que las variantes en sus relatos no conllevan a desacreditar su versión, puesto que, conforme a lo concluyó la sicóloga del INML, se trató de diferentes episodios de agresión sexual vividos, manteniendo, en todo caso, el núcleo esencial del testimonio.

Respecto del segundo cargo, considera desacertada la denunciada falta de aplicación del principio de presunción de inocencia. A través de una valoración conjunta de la prueba por parte del Tribunal, en especial las apreciaciones «de los distintos profesionales», añade, se concluyó fehacientemente que SILVINO SERRANO ARENAS accedió carnalmente con sus dedos a M.F.P.O., como esta lo describió, hecho en todo caso compatible «con los hallazgos médicos».

3. El delegado de la Procuraduría avala la petición de la Fiscalía. Señala que, además de que el informe médico legal «no descartó la existencia de una agresión sexual», el juez plural tuvo en cuenta el informe pericial de psicología, las evaluaciones psicológicas forenses y los testimonios de los policías que atendieron el caso, «para corroborar abusos continuos en una menor de 14 años por parte de SILVINO SERRANO ARENAS».

En lo concerniente a las discrepancias en las declaraciones de la víctima, resalta que estas no se relacionan con el núcleo fáctico de las agresiones sino con circunstancias que por el paso del tiempo la declarante pudo olvidar, si en cuenta se tiene que el testimonio se practicó 4 años después de los hechos.

Por último, estima que el informe del médico legista debe ser valorado en contexto, toda vez que no excluyó la materialidad del acceso con otra parte del cuerpo distinto al pene. Adicionalmente, recuerda la sentencia de la Sala (CSJ SP, 22 mar. 2017, rad. 44441) en la que precisó que el acceso carnal se configura con la penetración parcial del miembro viril en la vagina, «comprendida ésta en su estructura integral, más no exclusivamente como el conducto vaginal».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Previo a abordar de fondo los reproches formulados por el actor, la Sala advierte que de la revisión del proceso surge un problema jurídico transversal, relacionado con la valoración de las declaraciones rendidas por la menor antes del juicio oral, pese a que compareció como testigo a dicho escenario, lo que merece un pronunciamiento inicial.

1.1 M.F.P.O. manifestó en juicio¹¹ que cuando vivía en el barrio San Cristóbal (Bucaramanga) con su mamá, su padrastro SILVINO SERRANO ARENAS y la familia de este, conformada por «el abuelo», dos hermanas y una sobrina, en el momento en el que la primera se iba a trabajar, el compañero de su progenitora «aprovecha[ba] y comenza[ba] a abusar de mí».

¹¹ Sesión del 11 de marzo de 2014, min. 37:30 y ss.

Especificó que ello ocurría en una de las habitaciones, donde la subía a la cama, le amarraba los pies y las manos «con una cabuya», le tapaba la boca para que no gritara, le quitaba «los pantalones y calzones» y le tocaba sus partes íntimas, cola y vagina, «con los dedos de él... con la mano de él».

Indicó que lo anterior ocurrió «más de una vez», el último episodio cuando tenía 7 años de edad –año 2010¹², sin que nadie lo advirtiera ya que sucedía cuando en la vivienda solo se encontraba el papá de SILVINO SERRANO ARENAS «pero durmiendo», y que dicha situación se la contó a su mamá y a *Rosa*, amiga de aquélla.

Después de exponer lo que para ella significaba abuso («cuando una persona comienza a tocarle las partes íntimas y el cuerpo»), ante la pregunta de qué entiende por violar, la menor contestó que «es casi lo mismo que abusar sino que lo maltratan más y lo obligan» (min. 01:04:50), para luego afirmar que el procesado la violó.

Ante un receso solicitado por la fiscal (min. 01:08:08) por la dificultad para que la niña especificara su última respuesta, con intervención de la psicóloga de apoyo, aquélla manifestó que luego de amarrarla, su padrastro «me metía el pene... por la vagina» (min. 01:11:20).

En principio, del anterior relato se desprende que el abuso consistió en tocamientos libidinosos y acceso carnal vía vaginal por penetración del miembro viril. Empero, desde la imputación

¹² Si en cuenta se tiene la fecha de nacimiento de la menor (19 de diciembre de 2002), conforme a la estipulación probatoria.

(min. 28:00 y ss.)¹³ la fiscal descartó este último comportamiento, ante el resultado del examen físico médico sexológico practicado a M.F.P.O. el 22 de abril de 2010, que registraba un «HIMEN ANULAR ÍNTEGRO NO ELÁSTICO»¹⁴.

El acceso carnal abusivo radicó, como lo aclaró la Fiscalía en la mencionada audiencia, en la introducción de dedos del imputado en la vagina y ano de la víctima (min. 42:50), hecho concreto por el que las instancias emitieron condena con relación al delito descrito en el artículo 208 del Código Penal¹⁵, sin que la Sala, al margen de la apreciación de la Fiscalía, pueda hacer valoraciones adicionales según las limitantes propias del alcance al principio de congruencia.

Del suceso concerniente a la introducción de los dedos dio cuenta la agraviada en algunas de las exposiciones previas al juicio. Para una mejor comprensión, se relacionarán en forma cronológica atendiendo las personas a las que acudió para relatarle los hechos y, al tiempo, se solventarán parte de los cuestionamientos del primer cargo de la demanda.

Omaira Patricia Vargas Valencia testificó¹⁶ que conoció a M.F.P.O. desde cuando tenía 4 años, a través de la «hermana» Carmen Rosa Peña Solano, quien ayudaba a niños de «escasos recursos» en el barrio Villa María de Bucaramanga. Indicó que ella se concentró en colaborarle más a esa niña porque había

¹³ Audiencia celebrada el 9 de octubre de 2012.

¹⁴ Folios 75 y 76.

¹⁵ Folios 130 (juzgado) y 177 – respaldo (tribunal).

¹⁶ Sesión del 26 de mayo de 2014, min. 05:05 y ss.

sido víctima de abuso sexual [por hechos distintos a los que aquí se juzgan]¹⁷ y por la difícil situación en la que se encontraba con la mamá.

Relató que en el mes de abril –del año 2008, según se extrae del testimonio que rindió ante la Comisaría de Familia, puesta de presente en el contrainterrogatorio por el defensor–, cuando celebraban el día del niño, observó a M.F.P.O. «muy acabadita», razón por la que le sugirió a la misionera que verificara lo que sucedía. Días después, por llamado de alarma que le hiciera aquélla, habló directamente con la menor, quien le contó que «el lobo malo», refiriéndose a su padrastro SILVINO SERRANO ARENAS, «le introducía los dedos en la cosita, como le decía a la vagina, y en la colita», lo que la motivó a denunciar ante la policía de infancia y adolescencia.

El patrullero Elver Javier García González¹⁸ declaró en juicio que el 23 de junio de 2008, ante la queja que presentara la misionera Carmen Elena Suárez Reyes, «porque el compañero de la mamá [de M.F.P.O.] le había tocado [a la niña] sus partes íntimas», le solicitó a la Comisaría de Familia del Barrio La Joya protección para la menor. Así, Omaira Barbosa Macías¹⁹, funcionaria encargada de dicha dependencia, expuso que en el año 2008 recibió la denuncia por abuso sexual y al ver que M.F.P.O. «venía en mal estado, bastante baja de peso para la edad, en condiciones no normales», decidió ubicarla en un hogar de Bienestar Familiar.

Pese a que se ordenó el restablecimiento de los derechos de la víctima, en el año 2009, según lo indicó Esperanza Páez

¹⁷ De acuerdo con el testimonio del patrullero Elver Javier García González, M.F.P.O. fue «violada» el 23 de junio de 2008 por Deibi Rafael Martínez Garnica.

¹⁸ Sesión del 27 de agosto de 2013, min. 18:00 y ss.

¹⁹ Sesión del 26 de noviembre de 2013, min. 19:30 y ss.

Ortiz²⁰, le fue reintegrada su hija a condición de que se separara de SILVINO SERRANO ARENAS. Sin embargo, en el año 2010, en palabras de la testigo, «estuvo como 6 meses conmigo y la volvieron a llevar a Bienestar porque [la monja] volvió y demandó... que SILVINO la manoseaba».

Frente a este último evento se refirió el patrullero de infancia y adolescencia José Agustín Suárez Ariza²¹ y la Comisaria de Familia de Bucaramanga Edilsa Reyes Guerrero²². El primero, manifestó que en el año 2010, por llamado que hiciera Carmen Rosa Peña Solano ante el abuso sexual de M.F.P.O. por parte de su padrastro, pusieron en conocimiento el asunto en la comisaría de familia de turno. La segunda funcionaria, testificó que la niña debió ser remitida a un hogar de paso en proceso de adopción, ante la «negligencia de la madre», porque en visitas realizadas, los vecinos le informaron que aquélla seguía conviviendo con su pareja.

El anterior recuento permite hacer las siguientes precisiones. Con exclusión de Omaira Patricia Vargas Valencia, frente a quien se hará referencia más adelante, los testigos Elver Javier García González, José Agustín Suárez Ariza (agentes de policía), Omaira Barbosa Macías y Edilsa Reyes Guerrero (comisarias de familia), tuvieron un conocimiento fragmentado del presunto abuso a través de las denunciadas y no directamente por información que les suministrara la menor. Es decir, son testigos de oídas o *ex auditu*, que significa «aquel que narra lo que otra persona le relata sobre unos hechos», por tanto, lo que pueden

²⁰ Sesión del 12 de mayo de 2015, min. 06:30 y ss.

²¹ Sesión del 26 de noviembre de 2013, min. 04:40 y ss.

²² Sesión del 25 de febrero de 2015, min. 04:40 y ss.

acreditar es la existencia de ese relato y la fuente de su información²³, no el hecho como tal.

En cuanto al valor probatorio otorgado a estos testigos, ha dicho la Sala que aunque su capacidad suasoria no está restringida en la Ley 906 de 2004, salvo para soportar exclusiva y únicamente la sentencia condenatoria (tarifa legal negativa), el juez está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esta clase de medios de prueba, «ya que esta especie de testimonio adquiere preponderancia en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material, únicamente cuando es **imposible** obtener en el proceso la declaración del testigo o testigos que tuvieron directa percepción del suceso»²⁴.

No obstante, en este caso, además de que los declarantes no informaron nada adicional –frente al hecho concreto– a lo narrado directamente por la víctima en juicio, las denunciadas Carmen Elena Suárez Reyes y Carmen Rosa Peña Solano no testificaron dentro en esta actuación: aquélla, por desistimiento de la Fiscalía²⁵, y esta, porque no fue solicitada como prueba²⁶. De manera que frente a los mencionados deponentes, su testimonio se reduce, en últimas, al conocimiento que tienen del proceso administrativo llevado a cabo para el restablecimiento de derechos de M.F.P.O.

²³ CSJ SP, 11 nov. 2020, rad. 49187; CSJ SP, 16 mar. 2016, rad. 36046; CSJ AP, 18 ago 2010, rad. 34258 y CSJ SP, 4 nov. 2008, rad. 27508.

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

²⁵ Sesión de juicio oral del 12 de mayo de 2015 (folio 103).

²⁶ Audiencia preparatoria celebrada el 14 de junio de 2013 (folio 40).

Parámetro atendido por las instancias, pues de la sola lectura de las sentencias fácil se extracta que dichos testimonios no constituyeron el sustento de la condena, siendo este, como lo resaltó el juzgado, las declaraciones vertidas en juicio por «la niña víctima M.F.P.O. y de los diferentes expertos en Psicología y demás profesionales»²⁷.

Faltó, entonces, el libelista al principio de corrección material que impone la obligación de guardar fidelidad a la realidad procesal, en tanto no es cierto, como así se afirmó en la demanda, que parte de la sentencia se fundamentó en el relato que la menor suministró a la misionera Carmen Elena Suárez Rey, conocido en juicio a través del patrullero José Agustín Suárez Arizaque, cuando el Tribunal precisó que tanto dicho testigo como su compañero «tuvieron conocimiento de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la menor cuando vivía con su progenitora y el hoy procesado»²⁸, sin que se acudiera a ellos como testigos directos de los hechos.

1.2 Luego de ser ubicada en el programa de protección del ICBF, la agraviada contó lo sucedido al médico legista y a dos sicólogas, quienes para el desarrollo de su labor entrevistaron a la víctima. Al primero, le informó que SILVINO SERRANO ARENAS le tocaba el cuerpo y genitales, al tiempo que le hacía movimientos copulatorios [término propio del perito]²⁹, mientras que a las otras profesionales, María Margarita Gómez Cifuentes³⁰ y

²⁷ Folios 134 y 131.

²⁸ Folios 178 y 179 – respaldo.

²⁹ Sesión del 11 de marzo de 2014, min. 04:55 y ss.

³⁰ Sesión del 11 de marzo de 2014, min. 01:20:00 y ss.

Myrtha Cecilia López Rojas³¹, les refirió que el acusado le metió los dedos por la cola y la vagina.

En el fallo de primera³² y segunda instancia³³, los jueces aludieron a dichas versiones, incluida la suministrada a Omaira Patricia Vargas Valencia, para resaltar que las mismas son homogéneas en aspectos sustanciales. Igualmente –a excepción de la rendida ante el médico legista–, como atrás se hizo referencia, constituyeron el sustento de la condena por el punible de acceso carnal abusivo, ante la revelación de que hubo penetración de los dedos del acusado en el ano y vagina de la niña.

Frente a la introducción al juicio de las exposiciones previas de la menor M.F.P.O. y su correspondiente valoración, oportuno recordar que la Sala, desde la providencia CSJ SP, 28 oct. 2015, rad. 44056, con criterio vigente³⁴, indicó que la protección superior de los derechos de los niños víctimas de delitos, especialmente de abuso sexual y otras conductas graves, impone la flexibilización de las reglas generales sobre prueba testimonial, «lo que se traduce en la posibilidad de incorporar como prueba sus declaraciones anteriores, así el niño comparezca al juicio oral».

Ello, por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el menor no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso

³¹ Sesión del 25 de febrero de 2015, min. 13:15 y ss.

³² Folios 130 y 131.

³³ Folio 180 – respaldo.

³⁴ CSJ SP, 2 dic. 2020, rad. 54816; CSJ SP, 21 oct. 2020, rad. 56919; CSJ SP, 20 may. 2020, rad. 52045; CSJ SP, 5 dic. 2018, rad. 44564; CSJ SP, 11 jul. 2018, rad. 50637, entre otras.

de superación del episodio traumático; porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar; por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo); por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones.

Así, se especificó que ante alguna de las mencionadas situaciones u otra equivalente que den lugar a que la disponibilidad del testigo sea relativa, las declaraciones rendidas antes del juicio serán admisibles, pero, en todo caso, «bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia».

Sobre esa base, la Corporación igualmente ha precisado que la protección de los derechos de los niños puede justificar la limitación, mas no la eliminación de las garantías judiciales mínimas del procesado. Por tanto, la posibilidad de incorporación de las exposiciones anteriores de víctimas menores de edad aun cuando concurren al proceso, debe sujetarse al cumplimiento de los pasos debidos para la admisión de esa modalidad probatoria.

Con relación a lo último se refirió esta Sala en providencia CSJ SP, 20 may. 2020, rad. 52045³⁵, cuyos apartes pertinentes se transcriben:

La Sala ha admitido que, en casos de menores víctimas de delitos sexuales, sus declaraciones anteriores se usen como pruebas de referencia así aquéllos concurren al juicio:
(...)

³⁵ Reiterada en CSJ SP, 12 ago. 2020, rad. 52024.

En ese entendido, lo esencial, a este efecto, es que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido»³⁶ o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada.

Por otro lado, la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia presupone que la parte interesada haya solicitado su aducción (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última), y tal pretensión debe satisfacer una carga argumentativa precisa:

«En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente»³⁷.

En específico, y de acuerdo con las precisiones que anteceden, si se pretende la incorporación de las manifestaciones de un menor víctima de un delito sexual como prueba de referencia aun cuando aquél ha comparecido al juicio (esto es, bajo el presupuesto de que su disponibilidad es relativa), quien así lo procura debe demostrar argumentativamente, además de la satisfacción de las condiciones reseñadas, que el testigo, a pesar de su presencia física en la vista pública, no estuvo en realidad disponible para ser interrogado y contrainterrogado.

Sobre tal solicitud, la parte contra la cual se aduce la prueba deberá necesariamente tener la oportunidad de pronunciarse, a efectos de que se le permita controvertir la satisfacción de exigencias que habilitan su incorporación (incluida, desde luego, la que se invoque como fundamento de su admisibilidad

³⁶ CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 55651.

³⁷ CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950.

excepcional) y respecto de la misma debe mediar un pronunciamiento expreso de la autoridad judicial.

Ahora, consultado el registro de la audiencia preparatoria se advierte que aunque la Fiscalía descubrió las declaraciones anteriores de M.F.P.O. y los medios que pretendía utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido (testimonios de Omaira Patricia Vargas Valencia, Mario Rondón Vesga, María Margarita Gómez Cifuentes y Myrtha Cecilia López Rojas), no justificó su incorporación bajo la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia por tratarse de un menor víctima de delitos sexuales³⁸.

Lo anterior pudo obedecer no solo a que la fiscal tenía presupuestado que la niña M.F.P.O. también comparecería como testigo al juicio oral, sino a que para la fecha de la referida diligencia (14 de junio de 2013), como escenario natural para debatir estos temas, el evento de la admisión excepcional de la prueba de referencia, tratándose de menores de 18 años víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, no se encontraba previsto en los descritos por el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, introducido con posterioridad en el literal e) por el artículo 3° de la Ley 1652 del 12 de julio de 2013.

Sin embargo, se observa igualmente que en el juicio oral, durante la práctica del testimonio de M.F.P.O., aunque esta fue clara y vehemente con los actos libidinosos ejercidos por SILVINO SERRANO ARENAS cuando ella tenía 7 años, la fiscal

³⁸ Minuto 11:55 y ss.

intentó auscultar una posible *violación* de parte del procesado, frente a lo que aquélla –luego de una pausa y con intervención de la sicóloga de apoyo– se refirió únicamente al acceso a través del pene, evento no objeto de acusación.

Ante ese panorama, unido a circunstancias como la corta edad cuando vivenció el abuso (contaba con 5 y 7 años), el paso del tiempo (testimonio rendido a los 12 años)³⁹ y las presiones propias del escenario judicial, que le impedían entregar un relato completo de los hechos, hacían procedente la incorporación de sus declaraciones anteriores al juicio en las que, como fue reseñado, la niña hizo directas imputaciones de abuso sexual por parte de SILVINO SERRANO ARENAS, consistente en tocamientos libidinosos y penetración a través de la introducción de dedos en su vagina y ano.

Adicionalmente, huelga destacar que los antecedentes de este proceso reflejan que M.F.P.O., desde muy temprana edad (4 años), no solamente ha padecido el sistemático quebranto de sus derechos fundamentales, ante hechos constitutivos de violencia sexual realizados por distintos agentes, sino que proviene de una familia desestructurada o disfuncional, lo que ha conllevado a la intervención de diversas autoridades para su reubicación en diferentes hogares de paso.

No obstante, en el desarrollo del debate probatorio la Fiscalía no hizo nada en procura de la introducción de tales exposiciones como prueba de referencia (encontrándose vigente la Ley

³⁹ Audiencia celebrada el 11 de marzo de 2014, mientras que M.F.P.O. nació el 19 de diciembre de 2020.

1652 de 2013), ni la menor fue confrontada sobre su contenido, pese a que de tiempo atrás la jurisprudencia había decantado las razones de orden constitucional que justificaban la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados sexualmente, en orden a evitar que fueran nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral (CC T-078 de 2010; CC T-117 de 2013; CSJ SP, 18 may. 2011, rad. 33651; CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 32868; CSJ SP, 19 ago. 2009, rad. 31959; CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468, entre otras).

Así, finalmente, las declaraciones previas fueron dadas a conocer en el juicio por Omaira Patricia Vargas Valencia, Mario Rondón Vesga, María Margarita Gómez Cifuentes y Myrtha Cecilia López Rojas en sus respectivas declaraciones, sin ningún control, ya que no existió un pronunciamiento judicial al respecto y, por tanto, no se le dio a la defensa la oportunidad de oponerse.

Lo que pone en evidencia que tanto el Juzgado como el Tribunal incurrieron en un falso juicio de legalidad al apreciar dichas versiones, ya que en ninguna de ellas se cumplieron con los presupuestos de incorporación previstos por el legislador y desarrollados por la jurisprudencia para ser consideradas como prueba de referencia, tampoco como herramienta para refrescar memoria (arts. 392, literal d, y 399 Ley 906 de 2004), por ende no podían ser consideradas para soportar la condena.

La corrección de ese yerro impone a la Corte proceder a la valoración de las pruebas legalmente incorporadas al proceso, sustrayendo las manifestaciones previas de la menor a los mencionados testigos, con miras a establecer si son suficientes

para acreditar la materialidad de los delitos objeto de acusación y la responsabilidad de SILVINO SERRANO ARENAS.

2. En cuanto al acceso carnal abusivo agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, además de la versión que M.F.P.O. narrara a Omaira Patricia Vargas Valencia y las sicólogas María Margarita Gómez Cifuentes y Myrtha Cecilia López Rojas, ilegalmente incorporadas, no existe prueba que acredite la supuesta introducción de dedos del procesado en la vagina y ano de la menor.

La Sala concuerda con el Tribunal en cuanto a que los hallazgos hechos por el médico legista (quien encontró que M.F.P.O. presentaba un himen anular íntegro no elástico y tono y forma anal normal sin fisuras y desgarros⁴⁰) no son en sí mismos concluyentes sobre la inexistencia de la materialidad de la conducta de acceso carnal, pues no toda penetración supone necesariamente la desfloración del himen (no elástico) ni la ausencia de huellas o cicatrices perceptibles en el área genital desvirtúa que haya habido una invasión de la esfera corporal íntima de la víctima.

En efecto, en cuanto al sentido y alcance que merece el artículo 212 de Código Penal –definición de acceso carnal-⁴¹, esta Corporación ha sostenido que el concepto jurídico de vía vaginal difiere, por ser más amplio y comprensivo, del concepto estrictamente anatómico de vagina o conducto vaginal (CSJ SP, 22 mar. 2017, rad. 44441).

⁴⁰ Sesión de juicio oral del 11 de marzo de 2014, minuto 04:55 y ss.

⁴¹ **Acceso carnal.** Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

Lo anterior, en el entendido de que el acceso carnal se configura con la penetración parcial del miembro viril, o cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto, en la vagina, «comprendida ésta en su estructura integral, más no exclusivamente como el conducto vaginal» (CSJ, SP, 25 de septiembre de 2013, rad. 41057). Es decir, como se precisó en CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 41948, el concepto de vía vaginal «no contempla que el acceso carnal tenga que ser propiamente por la vagina, sino **vía vaginal**, descripción que obedece a que el ingreso a ese punto ya implica atravesar los órganos genitales externos de la mujer».

De ahí que en la mencionada providencia con radicado 44441, basada en la doctrina y a partir de la jurisprudencia nacional y española, se haya puntualizado que cuando la introducción del miembro viril, o de cualquier otra parte del cuerpo del agente u objeto, «franquea la apertura vulvar», o atraviesa las estructuras genitales externas, se configura el acceso carnal, y se entiende que el sujeto activo ha ido más allá del tocamiento externo de los genitales femeninos, que configuraría un acto sexual diverso del acceso carnal.

Y, para el caso el acceso por las vías bucal o anal se materializa, en el primer caso, con la introducción del miembro viril en la boca, esto es, cuando aquél traspasa la línea de los labios⁴², o, en el segundo, cuando el miembro masculino, o

⁴² Rodríguez Ramos, Luis: *Código Penal – Comentario y con Jurisprudencia*, Madrid: Ed. La Ley, 2007, citado por San Martín Castro, César E, Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales), Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.: «En el caso de penetración bucal solo se requiere introducción del pene entre los labios y los dientes; en consecuencia, por boca a estos efectos debe entenderse no solo cuando se traspasa la línea de los dientes del sujeto pasivo, que

cualquier otra parte del cuerpo u objeto, lo hace en la apertura anal.

Empero, en este caso, ante la falta de señalamiento de M.F.P.O. –en juicio– del acceso carnal por parte su padrastro a través de sus dedos en el área vaginal y anal, el comportamiento atribuido a SILVINO SERRANO ARENAS por ese hecho queda sin comprobación.

Bajo ese contexto, no queda resolución distinta a la de casar parcialmente la sentencia, para en su lugar absolver al acusado del delito previsto en los artículos 208 y 211-2 del Código Penal, atribuido en concurso homogéneo y sucesivo.

Desde luego, esa conclusión no abarca el punible de actos sexuales abusivos agravados, como pasa a exponerse.

3. En juicio, M.F.P.O. relató de manera circunstanciada el abuso del que fue víctima, señalando sin dubitación alguna a SILVINO SERRANO ARENAS como el responsable, y dio a conocer los pormenores en los que se desarrollaban los vejámenes. Así, fue clara al indicar que los hechos acontecían en la casa del procesado, sobre la cama de una de las habitaciones, donde luego de amarrarla de pies y manos «con una cabuya», taparle la boca y quitarle el pantalón y ropa interior, le tocaba su cola y vagina.

es claro que ya se está ya dentro de la boca, sino también la zona de la boca entre los dientes y los labios».

Igualmente, precisó que ello sucedía cuando su mamá salía a trabajar y en la vivienda solo se encontraba el padre del acusado, quien no se daba cuenta porque estaba durmiendo.

Aunque el casacionista centra la discusión en la ausencia de acreditación del delito de acceso carnal, tangencialmente hace críticas que irradian en todo caso al otro evento de abuso, pues critica: i) que las instancias se basaran en la opinión exteriorizada por la investigadora del CTI y la psicóloga del INML frente a la credibilidad a la víctima; ii) las inconsistencias en el testimonio de la menor con sus versiones previas y iii) la imposibilidad de ocurrencia del hecho, conforme a lo declarado por Esperanza Páez Ortiz e Isolina Serrano Arenas y la distribución de la vivienda donde sucedieron los abusos.

3.1 Es verdad, como lo indica el recurrente, que la credibilidad del testigo es un asunto reservado al juez, de manera que resulta desacertado que las partes lleven dictámenes orientados a acreditar la validez o mérito de las versiones suministradas.

A partir de lo anterior, acierta al afirmar que a las psicólogas del CAIVAS y del INML no les era permitido referirse a la veracidad del relato de la menor. La primera, adicionalmente, porque la entrevista tomada a M.F.P.O. no fue parte de un proceso terapéutico y tampoco constituyó prueba pericial. Simplemente, como lo aclaró la testigo, el objeto de la diligencia consistió en «establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de

ocurrencia de los hechos» (min. 01:20:22 y ss.)⁴³. En cuanto a la sicóloga forense, aunque hizo parte de una de las conclusiones de su informe, en el juicio aclaró que retiraba tal apreciación, en razón a que «los psicólogos no nos podemos pronunciar sobre la credibilidad o veracidad de una conducta referida por un menor, por cuanto es el juzgador quien debe tomar esa postura» (min. 37:15)⁴⁴.

Ahora, pese a que la primera instancia acudió a lo «corroborado por los diferentes expertos en el área que califican el relato de la niña como *congruente, consistente y de alta credibilidad*», la tesis del juzgado estuvo soportada, igualmente, en valoraciones propias que hiciera para admitir como indiscutible la versión de la afectada. En esos términos se refirió:

Asimismo, es importante notar que la niña M.F.P.O., en las diferentes oportunidades en que fue entrevistada por los profesionales que la atendían, e incluso ante ese despacho en la etapa de juicio, nunca cambió la versión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjeron los hechos, y siempre identificaba al mismo agresor, indicando el nombre propio, la relación que tenía con su madre, y sus características físicas: cosa que realiza con plena fluidez lógica y presta un relevante mérito probatorio. Al mismo tiempo, existen diferentes declaraciones que narra los mismos hechos que la menor les contaba, y los cuales concuerdan con lo planteado⁴⁵.

Por su parte, el Tribunal sopesó la crítica que en ese sentido hizo el defensor a través del recurso de apelación, y con acierto le indicó que, aunque desde su óptica profesional la sicóloga del CTI se extralimitó al hacer apreciaciones relacionadas con la credibilidad del testimonio de la menor, «ello no ata inexorablemente el convencimiento del juez, ya que éste

⁴³ Audiencia celebrada el 11 de marzo de 2014.

⁴⁴ Audiencia celebrada el 25 de febrero de 2015.

⁴⁵ Folios 133 y 134.

además tiene que valorar el dictamen (sic) junto con las demás pruebas»⁴⁶, cometido cumplido en los fallos.

3.2 En la misma línea, el censor cuestiona el mérito otorgado por el juez plural al testimonio de la niña, en razón a que, pese a que en sus distintas versiones denota episodios de carácter sexual, «no tod[a]s son consistentes, pues quita o aumenta detalles al relato».

Al respecto, oportuno señalar que los motivos que aduce el demandante para cuestionar la veracidad del relato de M.F.P.O. no fueron utilizados por la defensa para impugnar su credibilidad en el juicio, de manera directa e indirecta, pues aquélla no fue confrontada sobre el contenido de sus exposiciones foráneas.

Adicionalmente, huelga anotar, de cara a lo aducido por el casacionista frente al posible «proceso de contaminación post-suceso» por las distintas ocasiones que ha tenido que declarar la menor ante los abusos vivenciados, que la crítica solo se soporta en un ámbito etéreo de especulación, pues jamás se allegaron elementos de juicio, o siquiera argumentativos, que permitan suponer que existió algún tipo de «alteración de la información» en la versión de la víctima, y menos aún por el episodio de agresión sexual que padeció en el año 2007.

Si bien a partir de la intervención del patrullero Élver Javier García González se tuvo conocimiento que M.F.P.O. había sido violada el 6 de octubre de 2007 por Deibi Rafael

⁴⁶ Folios 179 y 179 – respaldo.

Martínez Garnica, con la precisión denotada por la menor y el señalamiento directo e inequívoco de la sindicación hecha a su padrastro SILVINO SERRANO ARENAS, sobre lo que jamás se mostró dubitativa en el juicio, fácilmente decae el argumento del censor.

3.3 Finalmente, el libelista aduce la imposibilidad de ocurrencia del hecho, conforme a lo declarado por Esperanza Páez Ortiz e Isolina Serrano Arenas y la distribución de la vivienda donde sucedieron los abusos.

Al respecto, cabe señalar que ciertamente la mamá de la menor y la hermana del enjuiciado guiaron su declaración a denotar que la niña siempre estuvo acompañada de su progenitora mientras SILVINO SERRANO ARENAS trabajaba. Sin embargo, dichos testimonios resultan insuficientes para demeritar la credibilidad de la versión de M.F.P.O. sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad del acusado.

Al ser una constante crítica de la defensa, el Tribunal se refirió en los siguientes términos:

... esta testigo [Omaira Patricia Vargas Valencia] refiere un cambio abrupto no sólo en el aspecto físico de la menor sino en el plano emocional, ya que entre el lapso que retomó al hogar compuesto, para ese entonces, por su madre y el hoy encartado y volvió a quedar a disposición de un hogar sustituto, *la menor bajó mucho de peso, tenía poquito cabello, tanto así que tenía un aspecto “enfermizo”*, siendo esta la razón por la cual fue remitida para que fuera valorada por un profesional de la salud y por el cual salió a la luz de los hechos que finalmente dieron inicio al presente proceso.

Todo lo cual lleva a desvirtuar lo manifestado por los testigos de la Defensa, específicamente lo dicho por Isolina Serrano Arenas

-hermana del procesado- y Esperanza Páez Ortiz -madre de la víctima y compañera permanente para la época de los hechos-, cuando afirman que la menor nunca se encontraba sola en la casa y que el sentenciado no podría haber tenido acceso a la víctima sin haber sido advertido por alguien de la casa, precisamente porque tal como lo reseña la menor, utilizando palabras coloquiales de los adultos de la casa, lo que a decir verdad, refuerza su relato, Silvino aprovechaba cuando su mamá salía a vender canastos -oficio al que se dedicaba su progenitora-, para realizar las actuaciones libidinosas sobre ella, situación que no era desconocida por la madre de la niña, pues la menor indicó que le contó a su mamá y que ésta la hacerle el reclamo al agresor le responde: “mentira mami”, sin que su progenitora hubiese realizado alguna actuación distinta para averiguar la veracidad de lo dicho por la niña ni mucho menos para detener el abuso.

Además de lo cual refiere la menor que el único que se encontraba en la casa además de ella y Silvino, era el papá de éste último, quien era una persona de avanzada edad que tenía cierta discapacidad visual, razón por la cual su agresor, para evitar que se escucharan ruidos o forcejeos la amarraba, siendo evidente que con dicha situación su objetivo era que no fuera advertido por nadie más los vejámenes a los que sometía a la niña⁴⁷.

Para la Sala, la apreciación de la segunda instancia consulta las reglas de apreciación racional, pues aparte de las razones que expuso para descartar estos testimonios como prueba fiable, que la Corporación comparte, se destaca la falta de crédito que pudiera tener la testigo Esperanza Páez Ortiz.

No solo porque a partir de la declaración de Omaira Patricia Vargas Valencia se demostró que, ante la ausencia ocasional de la madre, M.F.P.O. estaba a cargo de la misionera Carmen Rosa Peña Solano, es decir, no es verdad que siempre acompañaba a la menor, sino por su actitud nimia que le mereció la delación que le hiciera su hija, al punto que pese a la advertencia de las autoridades para protegerla, continuó su

⁴⁷ Folios 178 y respaldo.

relación con SILVINO SERRANO ARENAS, como lo expuso la comisaria de familia Edilsa Reyes Guerrero.

Por último, en cuanto al plano fotográfico de la vivienda, introducido a través de la investigadora de la defensa Katya Alejandra Ibarra Echeverría, el censor omitió hacer un verdadero ejercicio de contraste entre el contenido objetivo de ese medio de conocimiento y la versión de la agraviada, para evidenciar las presuntas inverosimilitudes en su relato. De suerte que la imposibilidad de la comisión del hecho es una afirmación que se queda en el enunciado.

3.4 Con sujeción a las razones expuestas, encuentra la Corte que la exposición de los hechos de la única testigo está corroborada con la evaluación psicológica forense practicada por la experta Myrtha Cecilia López Rojas⁴⁸, a partir de la cual concluyó que M.F.P.O. presentaba una «perturbación psíquica de carácter transitorio»⁴⁹ asociada al evento de abuso sexual en el que señala al padrastro como agresor. En estos términos se refirió la perito:

Este temor manifiesto de M.F. hacia el padrastro representa por sí mismo un elemento característico de ofensa y al mismo tiempo, el contenido de sus revelaciones que sugieren interacción sexual con SILVINO, corresponden a circunstancias propias de victimización de abuso sexual infantil -ASI-. Aunque curiosamente a la fecha la niña a nivel comportamental expresa estado de felicidad y comodidad en donde se encuentra viviendo, con ambiente de buen trato, empero, la falta de motivación para retomar al hogar y dejarse llevar por la ilusión de ser adoptada no representa otra cosa que una respuesta de evitación a la cercanía de la persona a quien teme y su adecuación social y

⁴⁸ Audiencia del 25 de febrero de 2015, min. 13:15 y ss.

⁴⁹ Aunque de la actuación no se desprende que el procesado haya sido investigado, adicionalmente, por esa conducta punible (art. 115 de Código Penal), resulta infructuoso compulsar copias penales ante la evidente prescripción de la acción.

escolar solo es el mecanismo de defensa en la búsqueda desesperada de aprobación de las personas que en el hogar sustituto la protegen por lo que inconscientemente quiere romper el puente a su progenitora -distancia afectiva-, a quien sin duda percibe con carácter endeble porque aún sigue ligada a su pareja (padre de la hija menor), considerando M.F. desde lo más profundo de su ser que es imposible su retorno a casa.

(...)

... el haber tenido la posibilidad la niña de integrarse a otras constelaciones familiares después de eventos de abuso sexual, creó en ella una “acomodación” tal que le permitió alivianar el impacto de la última agresión mediante el aspecto que implicó ser cubierta con una serie de atenciones y cuidados en los otros escenarios e incluso creer conscientemente que mejor era no volver a su hogar de origen pero como ya se dijo ello en sí mismo conlleva daño psicológico por las razones antes expuestas, que están asociadas a la última agresión sexual, configurándose por tanto un nuevo diagnóstico forense de PERTURBACIÓN PSÍQUICA de carácter TRANSITORIO en cuanto que MFPO se muestra adaptativa y funcional dentro de los entornos en que se está desarrollando en la actualidad.

Análisis, no controvertido por la defensa, que evidencia el daño psicológico sufrido por la menor, al punto de alejarse de su hermana y madre para evitar ser revictimizada, y refleja objetivamente que realmente vivenció una experiencia traumática, lo cual concurre para otorgar credibilidad a su dicho y desestimar la crítica que en tal sentido hace la defensa.

Por tales motivos, las censuras propuestas por el casacionista no tienen vocación de prosperar.

En consecuencia, no se casará la sentencia impugnada frente a la condena por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, procediendo a hacer la redosificación que en derecho corresponde ante la absolución declarada por el otro punible.

4. Previo a imponer la sanción respectiva, la Sala debe aclarar dos aspectos. Aunque M.F.P.O. refirió que los actos lascivos ocurrieron en varias oportunidades, la Fiscalía le atribuyó un solo comportamiento, límite que impide hacer un aumento adicional por el concurso homogéneo.

Igualmente, pese a que en la acusación no se dijo si la pena del delito descrito en los artículos 209 y 211-2 del C.P. en este caso es la prevista con el aumento de la Ley 1236 del 23 de julio de 2008, esta norma es la que debe tenerse en cuenta, ya que desde los hechos imputados está claro que la conducta atribuida a SILVINO SERRANO ARENAS va de junio de 2008 a marzo de 2010, al paso que M.F.P.O. declaró en juicio que el último acto lujurioso fue cometido cuando contaba con 7 años de edad (año 2010)⁵⁰.

Bajo ese marco, el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado prevé una pena de 144 a 234 meses de prisión, límites dentro de los que ha de ubicarse en el primer cuarto, ya que no se atribuyeron circunstancias de mayor punibilidad.

Revisado el fallo de primer grado se advierte que pese a que para ese punible el juez impuso una sanción de 160 meses, lo hizo sin motivación alguna, pues simplemente señaló lo siguiente:

En relación con el delito de **Actos sexuales abusivos con menor de catorce años...** Teniendo en cuenta que en contra del procesado no se imputaron circunstancias de mayor ni de menor punibilidad, el

⁵⁰ Puesto que nació el 19 de diciembre de 2002.

despacho se ubicará en el primer cuarto de movilidad [de 144 a 166.5 meses], e impondrá a SILVINO SERRANO ARENAS una pena de 160 meses de prisión⁵¹.

Ante ese aumento injustificado, la Corte ha sostenido que se impone su eliminación y la aplicación del mínimo correspondiente al cuarto seleccionado, porque acudir a una revaloración de los mismos afectaría el derecho de defensa, por cuanto implicaría introducir consideraciones que la parte no tuvo la oportunidad de conocer ni impugnar (CSJ SP, 8 jul. 2020 rad. 55788; CSJ SP, 26 sep. 2018, rad. 51395 y CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 44647).

En ese sentido, se le asignará a SILVINO SERRANO ARENAS 144 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

RESUELVE

1. NO CASAR, en razón de los cargos propuestos, la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga.

⁵¹ Folio 128.

2. CASAR PARCIALMENTE DE OFICIO la providencia impugnada en el sentido de absolver a SILVINO SERRANO ARENA del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

3. En consecuencia, **IMPONER** al procesado 144 meses de prisión como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, término al que igualmente se reduce la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4. PRECISAR que la decisión de la segunda instancia se mantiene incólume en todo lo demás que no fue objeto de modificación.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria