



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**FABIO OSPITIA GARZÓN**

Magistrado Ponente

**SP3981-2022**

**Doble conformidad No. 56993**

Acta No. 279

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

## **I. OBJETO DE DECISIÓN**

Se resuelve la impugnación especial presentada por el defensor de **JEFFERSON HERNÁN SOTO HERNÁNDEZ** en contra del fallo condenatorio emitido el 10 de diciembre de 2019 por el Tribunal Superior de Cúcuta, que **revocó la absolució**n proferida el 30 de abril del mismo año por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad y, en su lugar, lo condenó por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

## **II. HECHOS**

Para el mes de enero de 2016, K.D.CH.T. tenía 10 años de edad. En un día no especificado de ese mes, en horas de la mañana, la menor se encontraba en una tienda, donde fue dejada por su cuñado. Allí, fue abordada por JEFFERSON HERNÁN SOTO HERNÁNDEZ y dos menores de edad, a quienes conocía porque eran vecinos de su hermana. Estos, bajo el pretexto de ir a coger mangos, lograron llevarla hasta un callejón solitario.

Una vez allí, hicieron que se desvistiera, con la advertencia que *“iban a hacer cosas con ella”*. Los sujetos se despojaron de sus pantalones y procedieron a realizar con la menor actos sexuales, entre ellos, a “restregar” sus penes en el área genital de la víctima, sin que se haya establecido si se alcanzó a materializar el acceso carnal.

Los hechos ocurrieron en la zona urbana de la ciudad de Cúcuta.

## **III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

El 23 de mayo de 2017, la Fiscalía le imputó a JEFFERSON HERNÁN SOTO HERNÁNDEZ el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, previsto en el artículo 208 del Código Penal, agravado por la participación de un número plural de personas (211, numeral 1º, ídem). Ello, por considerar que, bajo las circunstancias de tiempo y lugar anotadas, en asocio con dos menores de edad, la

accedió carnalmente por vía anal y vaginal. Lo acusó en los mismos términos.

Tras agotar los trámites previstos en la Ley 906 de 2004, el 30 de abril de 2019 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta lo absolvió, por no encontrar acreditada más allá de duda razonable la ocurrencia del abuso sexual y la participación del procesado.

Sostuvo que: (i) la Fiscalía no estableció en qué día del mes de enero de 2016 ocurrió el abuso sexual, (ii) como la niña no aparecía, sus familiares se dieron a la búsqueda, hasta que esta llegó a su casa con la ropa sucia, (iii) por ello, la madre de la menor procedió a revisarla y estableció que no tenía signos de haber sido abusada sexualmente, (iv) la experiencia enseña que una violación deja secuelas y, en este caso, nadie detectó que la niña estuviera afectada física o psicológicamente, (v) también es regla de la experiencia que *“siempre o casi siempre que una persona comete un delito pretende no ser descubierta por ejemplo desapareciendo del lugar de los hechos”*, y en este caso se demostró que el procesado –y uno de los menores que lo acompañaba– estaban presentes en la casa de la menor cuando esta regresó.

Agregó que: (i) el desgarramiento antiguo detectado por el médico legista no se aviene a la condición física de la niña cuando fue revisada por sus familiares aquella mañana, (ii) a su hermana, la víctima le aseguró que no estaba haciendo algo malo, dando a entender que ensució su ropa cuando fue a

buscar miel, (iii) el médico legista, que evaluó a la niña varios meses después de ocurridos los hechos, indicó que un abuso como el referido por la Fiscalía en la imputación y acusación pudo dejar huellas evidentes, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de una frágil niña de 10 años, supuestamente accedida repetidamente –por tres sujetos- por la vagina y el ano.

En la misma línea, sostuvo que no es creíble que la denuncia se haya pospuesto porque los implicados eran “*peligrosos o malos*”, pues el hermano de la niña –abogado de profesión- confrontó en aquella oportunidad a los supuestos implicados y les advirtió de las consecuencias del abuso sexual.

Cotejó la versión de la niña durante el juicio oral con las versiones que rindió en la fase de investigación, para resaltar que: (i) en el juicio dijo que no fue coaccionada, pero ante la psicóloga aseguró haber actuado bajo amenaza, (ii) antes del juicio dijo que los involucrados se turnaban para cogerla de pies y manos mientras uno de ellos le “metía el pipí” y la “molestaba por la vagina y también por la cola”, pero en el juicio hizo alusión a que solo la “restregaron”, (iii) ante el médico legista señaló que fue accedida anal y vaginalmente y que sintió mucho dolor, lo que es contrario a lo que dijo en el juicio, en el sentido que le dolió un poquito porque solo “la restregaron”.

Finalmente, resaltó que la hermana de la víctima descartó que su compañero haya dejado a la niña en la tienda, pues hizo énfasis en que esa mañana la menor “se le escapó de la

casa”. Igual, que la niña aseguró haberle dicho a su mamá que tres sujetos la habían violado, lo que fue negado por dicha señora en el juicio oral.

El fallo de primera instancia fue apelado por la Fiscalía y el apoderado judicial de la víctima. Al resolver el recurso, el Tribunal revocó la absolución y, en su lugar, condenó a JEFFERSON HERNÁN SOTO HERNÁNDEZ a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 16 años, tras hallar probados los hechos incluidos en la acusación. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por expresa prohibición legal.

Destacó que, (i) en el juicio oral, la niña dijo reiteradamente que el procesado y otros dos sujetos la agredieron sexualmente, (ii) la inconsistencia frente a la amenaza es entendible, porque la niña pudo tener su propia percepción de lo que puede encajar en dicha categoría, bajo el entendido que en el juicio siempre señaló que le “tocó” quitarse la ropa y la dejó en un lugar donde se le ensució porque “había muchas telarañas”, y (iii) la experiencia enseña que es normal que se presenten diferencias en los relatos, máxime si se tiene en cuenta que se trata de la declaración de una niña que se refirió a la participación de los tres sujetos que la agredieron sexualmente.

Precisó que los hechos se conocieron porque la menor, desprevenida, en medio de una clase de educación

física, se los comentó a su profesora y a otras autoridades del colegio donde estudiaba. Además de referirse a los protocolos que activaron a raíz de esa narración, la profesora señaló que la niña bajó su nivel académico y “siempre se le veía con la cara agachada, se observaba frágil y mal alimentada”.

Además, hizo hincapié en que los hechos narrados por la víctima fueron corroborados por su madre y sus hermanos mayores, quienes describieron las labores de búsqueda que desplegaron porque la menor no aparecía, y se refirieron a que esta llegó a su casa con la ropa sucia, en compañía de uno de los sujetos con los que había sido visto por algunos vecinos.

Subrayó, igualmente, que los familiares no formularon la denuncia inmediatamente porque la menor no les contó lo sucedido. De ello se enteraron a raíz de lo que la niña le dijo a su profesora, al rector y a la psicóloga del colegio.

Sobre la fecha de ocurrencia de los hechos, el Tribunal hizo notar que este aspecto se aclaró con lo expuesto por los familiares de la víctima, en el sentido que ese día del mes de enero estaban en un apartamento ubicado en el barrio Colsag, siendo precisamente en esa ocasión que se presentó la desaparición de la niña y su posterior regreso a la casa, notoriamente sucia.

Argumentó también que los hallazgos realizados por el médico legista (desgarro antiguo, esto es, con más de 10 días), se avienen al relato de la menor. En la misma línea, resalta que

la psicóloga que atendió a la niña se refirió a la coherencia del relato en torno a la agresión sexual.

Sobre la interrelación de la niña con sus familiares inmediatamente después de ocurridos los hechos, resaltó que: (i) la señora Consuelo Torrado León dijo que su hija “*estaba toda nerviosa, estaba asustada*”, (ii) Yenifer Carolina Sánchez Torrado, hermana de la víctima, se refirió a lo que le expuso su progenitora en el sentido que no revisó a la menor, pues solo la metió al baño y le pegó, y (iii) por tanto, la única revisión estuvo a cargo del médico legista, quien hizo los hallazgos ya descritos.

Frente a las inconsistencias en el relato de la víctima, sostuvo que: (i) no existen contradicciones sobre lo que le dijo a su hermano, pues fue enfática en sostener que a éste solo le relató parte de lo sucedido, sin que sea trascendente que en unos apartes haya dicho que estaba cogiendo mangos y en otros que estaba buscando “mamonos o miel”, (ii) sobre el relato a la madre, quedó claro que inicialmente no le contó, pero sí lo hizo luego de haber relatado lo sucedido a su profesora y a otras autoridades del colegio, y (iii) en todos los relatos fue consistente en lo esencial, esto es, que fue abordada por los tres sujetos, quienes la llevaron hasta un callejón con el propósito de abusar sexualmente de ella.

#### **IV. LA IMPUGNACIÓN**

El defensor del procesado se mostró en desacuerdo con la decisión del Tribunal, por las siguientes razones:

La Fiscalía no precisó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que sucedieron los hechos, pues se limitó a decir que en un día del mes de enero de 2016 la menor fue accedida carnalmente por su representado y dos menores de edad.

Los familiares de la víctima declararon que el día en que la niña llegó sucia a su casa no presentaba signos de violencia que dieran cuenta que fue sometida por la fuerza y accedida carnalmente.

El médico legista señaló que la niña pudo haber presentado hemorragias u otros signos de violencia a raíz del acceso carnal realizado por tres hombres, pero nada de esto fue detectado por los parientes de la víctima.

No es creíble que los familiares hayan omitido denunciar por miedo, toda vez que el hermano de la víctima, abogado de profesión, increpó a los sujetos que acompañaban a su hermana aquella mañana, cuando llegó a la casa con la ropa sucia.

La premisa fáctica planteada por la Fiscalía corresponde a un acceso carnal violento, pero ni esto ni el acceso carnal abusivo fue demostrado durante el juicio oral.

Las pruebas practicadas en el juicio oral son insuficientes para desvirtuar, más allá de duda razonable, la presunción de inocencia que ampara al procesado.

Sobre esa base, pide a la Sala revocar el fallo impugnado, en orden a que recobre vigencia el fallo absolutorio proferido en primera instancia.

## **V. CONSIDERACIONES**

### **5.1. Cuestión previa**

Como el Tribunal emitió la primera condena en contra del procesado, la Sala examinará a fondo los fundamentos fácticos y jurídicos del fallo impugnado, para garantizar el derecho a la doble conformidad.

### **5.2. Delimitación del debate**

La Fiscalía acusó al procesado de haber accedido carnalmente a la víctima en compañía de dos menores de edad. El Juzgado puso en duda la ocurrencia de los hechos, motivo por el cual lo absolvió. El Tribunal declaró probados los hechos de la acusación, aunque no se ocupó del tipo de abuso sexual, a pesar de que a lo largo de la actuación se ventilaron varias versiones sobre el particular (*acceso carnal por vía anal y vaginal, acceso carnal por la práctica de sexo oral y actos sexuales consistentes en “restregar” el pene en la zona púbica de la víctima*). El impugnante, insiste en que no se demostró más allá de duda razonable la participación de su representado en el abuso sexual.

Las anteriores disertaciones tienen en común la utilización de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral. El Juzgado, hizo énfasis en las contradicciones entre lo declarado por la menor durante el juicio oral y las versiones que entregó con antelación. El Tribunal, da por sentado que los hechos ocurrieron conforme a una de las versiones suministradas por la niña antes del juicio. El defensor retomó lo expuesto por el fallador de primera instancia, con el fin de resaltar las supuestas contradicciones de los relatos suministrados por la víctima en las fases de investigación y juzgamiento. Ello, sin perjuicio de otros argumentos que serán analizados más adelante.

Así, la Sala debe establecer si: (i) las declaraciones rendidas por la víctima antes del juicio oral pueden ser consideradas como pruebas para soportar la condena, (ii) las mismas pueden ser tenidas en cuenta para cuestionar la credibilidad del testimonio rendido durante el juicio oral, (iii) se demostró que la víctima fue accedida carnalmente por el procesado, (iv) se probó la ocurrencia de actos sexuales diversos del acceso carnal, en los que haya participado el procesado; y (v) puede emitirse la condena por actos sexuales, a pesar de que la acusación se hizo por el delito de acceso carnal.

### **5.3. Si las declaraciones rendidas por la víctima antes del juicio oral pueden ser consideradas como pruebas para sustentar la condena**

De tiempo atrás, la Sala ha precisado que el ordenamiento procesal penal le otorga diversas opciones a la Fiscalía General de la Nación para la incorporación de las declaraciones de niños víctimas de delitos sexuales u otros delitos graves, a saber, (i) como prueba anticipada, (ii) como prueba de referencia, (iii) con la práctica del testimonio en la audiencia de juicio oral, y (iv) como testimonio adjunto, cuando el testigo se retracta o cambia su versión (CSJSP2709, 11 jul 2018, Rad.50637, ratificada, entre otras, en CSJSP1368, 27 abril 2022, Rad. 58446).

Igualmente, se ha pronunciado reiteradamente sobre los requisitos que debe cumplir cada una de estas modalidades. Así, por ejemplo, ha resaltado que para la incorporación de declaraciones anteriores a título de prueba de referencia es necesario que la parte interesada: (i) identifique la declaración rendida antes del juicio oral que pretende incorporar, (ii) especifique la causal de admisión de prueba de referencia, (iii) establezca los medios que utilizará para la demostración de la existencia y el contenido de la declaración anterior, (iv) presente la solicitud de admisión de la prueba de referencia, y (v) proceda a su incorporación en el juicio oral. Esto, sin perjuicio del descubrimiento y los otros aspectos generales del denominado debido proceso probatorio (ídem).

En la misma línea, ha precisado que para la incorporación del testimonio adjunto se requiere: (i) demostrar, durante el interrogatorio, que el testigo se ha retractado o cambiado su versión, (ii) solicitar la

incorporación de la declaración anterior, y (iii) incorporar su contenido. Ello, bajo el entendido que en este caso la contraparte cuenta con la posibilidad efectiva de contrainterrogar al testigo acerca de lo expuesto en el juicio oral y en las declaraciones anteriores al mismo, lo que constituye la diferencia sustancial con la prueba de referencia.

En torno a estos temas, ha explicado que estos requisitos se orientan a mantener un punto de equilibrio entre las necesidades de la administración de justicia, la protección de las víctimas y los derechos del procesado. Ello, sin perder de vista que las fallas u omisiones sobre el particular siempre deben ser analizados a luz del principio de trascendencia (CSJSP606, 25 ene 2017, Rad. 44950; CSJSP 1875, 12 mayo 2021, Rad. 55959, entre muchas otras).

En el caso objeto de estudio, se advierte que la Fiscalía optó por presentar a la víctima como testigo en el juicio oral, donde estuvo presta a someterse al interrogatorio cruzado. Previamente, la Fiscalía dio pie a que los testigos de cargo trajeran a colación diversas versiones, al parecer provenientes de la víctima. En todo caso: (i) no solicitó la incorporación de ninguna de ellas a título de prueba de referencia, y (ii) durante los interrogatorios, los testigos hicieron alusión libremente a lo que supuestamente escucharon de la niña, en ocasiones sin precisar las circunstancias bajo las cuales se dieron dichos relatos (como

en la versión que dio la madre, que incluye aspectos no mencionados por la psicóloga o el médico legista).

Aunque ese tema no se trató durante el interrogatorio de la víctima, todo indica que ésta introdujo cambios a sus versiones iniciales. Sin embargo, la fiscal no formuló preguntas orientadas a establecer este aspecto, al punto que el mismo solo puede inferirse de lo expresado por los otros testigos de cargo, según lo expuesto en precedencia. Por tanto, se tiene que las versiones anteriores de la principal testigo de cargo no fueron solicitadas ni incorporadas a título de prueba de referencia.

Tampoco fueron tratadas como testimonio adjunto, simplemente porque a la delegada de la Fiscalía no pareció importarle que la versión de la niña durante el juicio oral comprometía seriamente lo sostenido por la Fiscalía acerca de varios accesos carnales por vía anal y vaginal. En todo caso, no trajo a colación la existencia de versiones disímiles, ni, obviamente, solicitó su incorporación como prueba. Más adelante se analizará en detalle el contenido de este testimonio.

Las precisiones que vienen de hacerse, son suficientes para concluir que las versiones anteriores de la menor no puedan ser consideradas como soporte de la condena, por no haber sido introducidas como prueba de referencia ni como testimonio adjunto.

Además de la flagrante violación del debido proceso probatorio, lo ocurrido en este caso pone en evidencia las dificultades que se generan por el tratamiento irregular de las declaraciones anteriores al juicio, entre otras cosas porque: (i) no se establecieron las circunstancias bajo las cuales se entregan los relatos, (ii) ello impide verificar si lo expuesto por el testigo –que dice haber escuchado– corresponde fielmente a lo dicho por el declarante que tuvo el conocimiento directo, o si está permeado por las interpretaciones o conjeturas de quien se refiere al contenido de la declaración rendida por fuera del juicio, (iii) limita las posibilidades de hacer notar las contradicciones –*propio del contrainterrogatorio*–, y de auscultar las explicaciones racionales de las mismas –*en el escenario del redirecto*–. Sobre esto último se volverá en el próximo apartado.

#### **5.4. Si las declaraciones rendidas por la víctima por fuera del juicio oral pueden tenerse en cuenta para cuestionar la credibilidad del testimonio de la víctima**

Por razones similares a las expuestas en el numeral anterior, la utilización de declaraciones anteriores para impugnar la credibilidad de los testigos está sometida a unos requisitos puntuales, orientados a brindarles a las partes las oportunidades incluidas en la regulación del interrogatorio cruzado, que permiten, además, depurar el testimonio, en orden a que el juez cuente con los mejores elementos para decidir sobre la responsabilidad penal.

Sobre la utilización de declaraciones para impugnar la credibilidad, la Sala, tras referirse a su importancia para desarrollar el derecho a la confrontación, ha precisado:

*En la práctica judicial se observa que las declaraciones anteriores al juicio oral generalmente son utilizadas para demostrar la existencia de contradicciones o de omisiones frente a aspectos trascendentes del relato, con lo que las partes pretenden afectar la verosimilitud del mismo y/o la credibilidad del testigo.*

*Para evitar que bajo el ropaje de la impugnación de credibilidad, intencionalmente o por error, las partes utilicen las declaraciones anteriores para fines diferentes, por fuera de la reglamentación dispuesta para tales efectos (verbigracia, para la admisibilidad de prueba de referencia), para el ejercicio de la prerrogativa regulada en los artículos 393 y 403 atrás citados la parte debe: (i) a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma<sup>1</sup>, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio*

---

<sup>1</sup> Esto es, que la reconozca como la declaración que rindió antes del juicio, bien porque allí esta su firma, ora por cualquier otra razón que le permita identificarla.

*oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas (CSJSP12229, 21 ago 2016, Rad. 43916; reiterada en CSJSP606, 25 ene 2017, Rad. 44950, entre muchas otras).*

En idéntico sentido se pronunció en la decisión CSJAP2215, cinco junio 2019, Rad. 55337, donde se analizaron los requisitos para la incorporación de la prueba de refutación. De nuevo, se hizo hincapié en la necesidad de darle al testigo la oportunidad de aceptar la existencia de la contradicción, la omisión o el aspecto relevante para cuestionar su credibilidad, entre otras cosas, porque de ello depende que la parte que solicitó el testimonio pueda, en el redirecto, pedir las aclaraciones que considere procedentes.

En la misma línea, ha precisado que cuando se trata de menores de edad, debe agotarse el mismo procedimiento, con los cuidados necesarios para evitar una nueva victimización (CSJSP2709, 11 jul 2018, Rad. 50637).

En el presente caso, la defensa no utilizó las declaraciones anteriores de la menor para impugnar su credibilidad, a pesar de que tenía pleno conocimiento de las mismas, por el descubrimiento realizado por la Fiscalía y porque ese tema fue referido por los otros testigos de cargo, tal y como se acaba de indicar.

De haberlo hecho, se hubiera abierto para la Fiscalía la oportunidad de auscultar estos temas con la testigo, para encontrar posibles explicaciones de las supuestas inconsistencias entre su relato en juicio y las versiones que entregó en las fases anteriores.

Además, de haberse agotado el trámite ya referido, la víctima hubiera tenido la oportunidad de explicar los aspectos que podrían afectar la verosimilitud de su relato.

Como incumplió los requisitos legalmente establecidos para impugnar la credibilidad, la defensa no está habilitada para cuestionar el relato de la víctima a partir de versiones que no fueron utilizadas durante el juicio oral con esa finalidad, en los términos analizados en precedencia.

### **5.5. La prueba del acceso carnal**

El profesional que practicó el reconocimiento médico legal, llevado a cabo varios meses después de ocurridos los hechos, hizo alusión a que la víctima presentaba un desgarramiento antiguo en el himen (superior a 10 días). Explicó que ese hallazgo es compatible con un acceso carnal, lo que no admite discusión.

De otro lado, tanto la psicóloga que atendió a la niña en el colegio, como la madre de ésta, se refirieron a la ocurrencia de otro abuso sexual, pero no precisaron en qué consistió ni cuál fue su fecha de ocurrencia.

Sumado a lo anterior, la psicóloga del colegio aludió al descuido al que era sometida la víctima por parte de su progenitora, al punto de resaltar la necesidad de dejarla al cuidado de otras personas. Ello fue corroborado por la profesora de la niña e incluso por su hermana, quien aclaró que su madre no revisó a la menor el día en que llegó a su casa con la ropa sucia, luego de haber desaparecido y, en lugar de ello, la metió a un baño y la golpeó.

Es importante aclarar que a la niña no se le preguntó acerca del hallazgo hecho por el médico legista, como tampoco se le indagó por el otro supuesto abuso de que fue víctima. Su declaración transcurrió de la siguiente manera:

Cuando fue preguntada por los hechos que dieron lugar a su convocatoria al juicio, señaló: “eso fue un día que estaba con mi cuñado”, quien la dejó sola en una tienda. Allí fue abordada por tres sujetos, a quienes reconoce con los alias de Dinito, Jean Pierre y Sute (*este último, atribuido a JEFFERSON HERNÁN SOTO HERNÁNDEZ*). Estos sujetos, con el pretexto de conseguir mangos, la llevaron hasta un callejón desolado. Una vez allí,

*Sute se puso a orinar y los otros dos chinos riéndose. Entonces me dijeron: “quítese los calzones”. Yo dije: “pero si pensé que íbamos a comer mangos y ahora me dicen que me quite los calzones”, entonces me dijeron que me los quitara porque iban a hacer cosas conmigo, tonces a las malas me tiraron al piso y pues me hicieron cosas.*

Luego, refirió que sus familiares la estaban buscando, y aclaró que sus ropas se ensuciaron porque el lugar estaba lleno de basuras y telarañas. Esa mañana, a sus parientes solo les contó parte de lo ocurrido y no les mencionó el abuso sexual. Que ello se conoció luego que ella se lo contara a la psicóloga del colegio.

A continuación, el defensor de familia le pidió que explicara qué quiso decir cuando dijo que le hicieron cosas. Respondió: “así le dicen a hacer el amor”. Y cuando se le indagó por el significado de esto último, respondió: “acostarse con un muchacho y hacer el amor”.

Finalmente, describió el lugar donde ocurrieron los hechos (“*un callejoncito al lado de la cancha de tierra, en el barrio Gaitán, donde había basura y telarañas*”), e hizo alusión a la vecindad de su hermana con alias Sute, a quien veía jugando cartas con sus parientes.

Era claro que hasta ese momento la Fiscalía no había logrado demostrar la premisa fáctica de la acusación, esto es, que el procesado, en compañía de dos menores de edad, accedió carnalmente a la víctima por vía anal y vaginal.

Ante esa realidad, la acusadora le pidió al Defensor de Familia que le preguntara a la niña por “lo que sintió”. Ante ello, la menor se refirió al “odio por lo que pasó”. Inmediatamente, la fiscal pidió que le preguntara si “le había dolido”, obteniendo la siguiente respuesta: “**No, porque no me penetraron, no sentí dolor**”.

El Defensor de Familia le preguntó, si no la penetraron, entonces qué fue lo que le hicieron. Respondió: *“pues solo me lo metieron, pero no me lo metieron así como para quitarle la virginidad a uno, como para tener hijos, solo me restregaron así, pues sentí un poquito de dolor, pero ni tan duro, solo eso”*.

A continuación, el Defensor de Familia resaltó que la niña había sido interrogada varias veces sobre estos hechos, lo que podría dar lugar a su “revictimización”. Ante esa anotación, la defensa desistió de formular preguntas y la Fiscalía se abstuvo de ampliar el interrogatorio.

Siendo este el acopio probatorio que obra en la actuación, es claro que no se cuenta con los insumos de conocimiento necesarios para sostener, más allá de duda razonable, la existencia del acceso carnal que se imputa en la acusación.

Aunque es cierto que los hallazgos realizados por el médico legista son compatibles con un acceso carnal, también lo es que existe información recopilada durante el juicio oral, que genera dudas acerca de si ello está o no vinculado con la conducta del procesado, toda vez que:

- (i) La niña dijo que no fue penetrada y que los agresores se limitaron a restregarle el pene. La Fiscalía no formuló preguntas orientadas a aclarar este aspecto, a pesar de que la niña se mostró dubitativa, pues negó haber sido

penetrada, luego dijo que “se lo metieron un poco”, pero a renglón seguido resaltó que esta acción no tuvo la entidad suficiente para “quitarle la virginidad” o embarazarla.

(ii) Todo indica que la niña fue sometida a otro abuso sexual, sin que se sepa con precisión su modalidad y la fecha en que ocurrió. Por tanto, no puede descartarse que haya sido la causa del hallazgo realizado por el perito varios meses después de ocurridos los hechos.

(iii) Los hallazgos realizados por el médico pueden tener por tanto diversas explicaciones que, en todo caso, no se reducen a la conducta endilgada al procesado, máxime si se tiene en cuenta la aclaración que hizo la niña durante el juicio oral acerca de la naturaleza del abuso sexual objeto de juzgamiento.

El Tribunal, al declarar probado el acceso carnal, incurrió en diversos errores de apreciación probatoria que lo condujeron a una conclusión equivocada. Primero, porque para ello se sirvió de las declaraciones rendidas por la niña por fuera del juicio oral, sin tener en cuenta que las mismas no fueron solicitadas ni incorporadas a título de prueba de referencia, ni de testimonio adjunto, no obstante ser evidente que la niña había modificado su versión. Frente a esto último, debe resaltarse que las versiones anteriores ni

siquiera fueron mencionadas durante el interrogatorio cruzado de la víctima.

Producto de este error, es decir, de haber apreciado indebidamente las declaraciones rendidas por la niña fuera del juicio oral, el juzgador de segundo grado terminó desestimando los contenidos de la única declaración incorporada legalmente al proceso (la rendida en el juicio oral), donde la menor da cuenta de actos sexuales diversos del acceso carnal, o, por lo menos, genera dudas sobre la real naturaleza del abuso al que fue sometida.

#### **5.6. La demostración de actos sexuales diversos del acceso carnal**

A pesar de las dudas que existen sobre la ocurrencia del acceso carnal, para la Sala es claro que la prueba incorporada al proceso permite afirmar la existencia de un abuso sexual en la modalidad de actos sexuales abusivos, en cabeza del procesado.

En el testimonio rendido en el juicio oral, la víctima señaló directa y expresamente a JEFFERSON HERNÁN SOTO HERNÁNDEZ como una de las personas que aquella mañana la llevaron mediante engaños a un callejón despoblado para abusar sexualmente de ella.

En cuanto a los aspectos internos del testimonio, cabe resaltar lo siguiente: (i) no se avizora que la niña tuviera razones para mentir con el propósito de perjudicar al

procesado, pues simplemente lo conocía como vecino de su hermana y lo había visto jugando cartas con sus parientes (ii) describió con amplitud las circunstancias que rodearon el abuso sexual, lo que incluye el abordaje en la tienda, el pretexto de los implicados para llevarla hasta el callejón, lo sucedido antes del abuso sexual, la forma cómo su ropa se ensució, las circunstancias que rodearon el regreso a su casa, entre otros aspectos, y (iii) suministró la ubicación del lugar donde ocurrieron los hechos (un callejón, cerca de una cancha de tierra, en el barrio Gaitán), así como las características del mismo (solitario, con telarañas, donde las personas botan pañales y otras basuras).

En cuanto a sus relatos, la niña aclaró que el día de los hechos solo les contó a sus familiares algunos pormenores de su permanencia en el callejón, mas no lo atinente al abuso sexual de que había sido víctima. Esto último solo se conoció luego que espontáneamente lo refiriera a las directivas del colegio, a quienes relató lo que había sucedido.

La versión de la menor fue ampliamente corroborada, pues su desaparición aquella mañana, así como la suciedad de sus ropas, fue relacionado por sus hermanos y su progenitora. Este aspecto no ha sido objeto de discusión.

Su profesora y la psicóloga del colegio confirman que lo atinente al abuso sexual surgió espontáneamente, en medio de una clase de educación física, lo que permite descartar que se trate de una trama urdida para perjudicar al procesado.

La niña no tenía razones para mentir con el propósito de perjudicar al procesado. Mucho menos, si ello implicaba someterse a las complejidades de un trámite penal (múltiples entrevistas –aunque esto no es lo deseable–, exámenes médicos, etcétera).

La psicóloga del colegio resaltó que la niña se notaba seriamente afectada durante las charlas sobre abuso sexual, lo que es indicativo de que fue víctima de ese tipo de conductas.

Así, a pesar de las dudas acerca de si el procesado logró penetrar con su pene la vagina de la víctima (nada se dijo durante la práctica de la prueba acerca del acceso anal), está demostrado que restregó su pene en el área genital, luego de lograr la desnudez de la menor.

### **5.7. Los argumentos del impugnante**

En buena medida, reitera los argumentos expuestos en el fallo absolutorio. Por ello, sus planteamientos serán estudiados a la par de los expuestos por el Juzgado.

Al plantear la indeterminación de la circunstancia temporal del abuso sexual, el censor desconoce totalmente lo expuesto por el Tribunal, en el sentido que los testigos de cargo coincidieron al afirmar que ello ocurrió en un día del mes de enero de 2016, en horas de la mañana.

La mayor especificidad de este aspecto no fue posible por el tiempo que la menor tardó en contar los hechos, lo que sucedió espontáneamente en el colegio, en medio de una clase de educación física.

Pero esto, en modo alguno se erige en un motivo de duda sobre la existencia del hecho, o sobre las posibilidades de defensa del procesado, pues lo importante es que logre determinarse que el hecho ocurrió en un marco temporal y espacial determinado, y en el presente caso quedó establecido que tuvieron lugar en el mes de enero de 2016, en el barrio Gaitán.

El juzgador de primer grado cuestionó que la víctima y sus familiares no hubieran precisado la fecha de los hechos. Sin embargo, omitió tener en cuenta que el abuso sexual no se conoció ese mismo día. Tampoco consideró que la madre y los hermanos de la niña se refirieron con amplitud a su desaparición, así como al hecho que la menor llegó a su casa con las ropas sucias. Ello, según se indicó en el acápite anterior, corrobora el relato de la víctima en el sentido de que ese día (una mañana del mes de enero de 2016) fue objeto del abuso sexual ya referido.

El impugnante también asegura que el día de los hechos la niña fue revisada por sus familiares (especialmente por su progenitora), sin que se le hayan detectado huellas de violencia compatibles con el abuso sexual, trayendo a colación, para el efecto, lo expuesto por el médico legista en el sentido que la penetración por vía anal y vaginal, por tres hombres, puede

producir sangrado u otras huellas de violencia en una niña de 10 años.

Lo primero que debe advertirse en relación con este cuestionamiento, es que las huellas a las que alude el médico constituyen solo una posibilidad. En todo caso, su aparición depende de las características físicas de las personas involucradas en el acto sexual, la forma como el mismo se lleve a cabo, además de otras circunstancias.

Al respecto, es inadmisibles lo expuesto en el fallo absolutorio sobre una supuesta máxima de la experiencia atinente a las secuelas de un delito sexual, pues según lo allí consignado, si no se encuentran rastros físicos o psicológicos de un abuso sexual, necesariamente debe descartarse su ocurrencia, lo que es claramente insostenible, por las razones indicadas en el apartado anterior.

Sumado a ello, desatiende lo expuesto por las directivas del colegio donde estudiaba la víctima, quienes afirman que la menor agachaba la cabeza y se mostraba retraída durante las charlas sobre abuso sexual.

En cuanto a la revisión de la menor, el juzgado y el impugnante omiten tener cuenta que: (i) el día de los hechos, la víctima les ocultó a sus parientes lo del abuso sexual, (ii) la hermana de la niña precisó que su progenitora no revisó a la pequeña, pues se limitó a golpearla por haber desaparecido y llegado con su ropa sucia, en compañía de varios vecinos, y (iii) precisamente la agresividad de la madre, que coincide

con los descuidos referidos por las directivas del colegio, puede explicar por qué la niña guardó silencio aquel día y optó por contarle lo sucedido a su profesora.

El recurrente tiene razón cuando afirma que los hechos descritos en la acusación pueden corresponder a un acceso carnal violento. Sin embargo, ese supuesto error de la Fiscalía solo tiene la potencialidad de favorecer al procesado, toda vez que se circunscribe a omitir una circunstancia del abuso sexual (el ejercicio de la violencia), sin afectar lo expuesto sobre la identidad de la víctima y los agresores, el lugar donde ocurrieron los hechos, entre otros aspectos relevantes de la premisa factual.

El impugnante cuestiona también a los familiares de la niña por no haber denunciado inmediatamente los hechos, supuestamente por miedo a la reacción de los procesados, cuando, según dice, el hermano de la niña los increpó el día de los hechos. Sin embargo, ignora que la niña les ocultó lo sucedido, pues ese día se limitó a decirles que se ensució la ropa porque estaban buscando miel o cogiendo frutas.

Por último, es del todo inadmisibles la inferencia que realiza el juzgador de primer grado a partir del análisis de la presencia del procesado en la casa de la víctima, justo cuando regresó con sus ropas sucias, pues, a partir de ese dato, descartó su participación en el abuso sexual, tras considerar que “la experiencia enseña” que el autor de un delito siempre trata de huir.

Lo anterior porque: (i) no se trata de sucesos de observación cotidiana, que permitan extraer una regla sobre la forma como casi siempre ellos acontecen; y (ii) la supuesta máxima de la experiencia carece de universalidad, porque la presencia o no presencia del sospechoso en el lugar dependerá siempre de las particularidades del caso.

Contrario a lo expuesto por el fallador de primer grado, la presencia del procesado justo en el momento en que la niña llegó a la casa, así como los reclamos que le hizo el hermano de la menor al avizorar alguna conducta irregular, confirman el relato de la víctima sobre su interrelación con JEFFERSON HERNÁN SOTO HERNÁNDEZ aquella mañana.

### **5.8. La posibilidad de emitir la condena por un delito menor al incluido en la acusación**

Ello es procedente a la luz de la jurisprudencia de esta Sala sobre el principio de congruencia, puntualmente en lo que atañe a la posibilidad de emitir la condena por un delito menor al previsto en la acusación.

Esta tesis aparece desarrollada, entre otras decisiones, en la CSJSP2042, 5 jun 2019, Rad. 51007, donde se estudió un caso que tiene analogía fáctica con el que ahora se resuelve, pues se trataba de un abuso sexual, frente al cual la Fiscalía incurrió en errores que impidieron condenar por el delito de acceso carnal y, finalmente, la condena se emitió por el punible de actos sexuales con menor de 14 años.

En el presente asunto, aunque la Fiscalía acusó al procesado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, es procedente la condena por el delito de acto sexual con menor de 14 años, por las siguientes razones:

-Porque las omisiones en que incurrió la Fiscalía impidieron demostrar más allá de duda razonable si el abuso sexual alcanzó el nivel de un acceso carnal. Sin embargo, se demostró que el procesado “restregó” su pene en el área genital de la niña, después de lograr que se despojara de sus ropas, tal como se indicó en precedencia. Igualmente, que realizó la conducta en asocio de dos menores de edad.

-Se mantiene el núcleo fáctico de la acusación, pues lo único que se suprime de la premisa fáctica propuesta por la Fiscalía es lo atinente a la penetración. De igual manera, que el procesado, en compañía de dos menores de edad, llevó mediante engaños a la niña hasta un callejón despoblado, donde la hicieron despojar de sus ropas y la sometieron a las actividades sexuales ya descritas.

-Emitir condena por el delito de acto sexual con menor de 14 años, no genera indefensión para el procesado, pues a lo largo de la actuación se mantuvo incólume la posibilidad de defenderse. Ello, porque siempre tuvo claridad sobre los aspectos medulares del llamamiento a juicio, referidos en los párrafos anteriores.

-La condena se emite por un delito menor al incluido en la acusación, pues, como ya se indicó, se demostró la

ocurrencia de los actos sexuales, mas no si los mismos tuvieron el alcance de un acceso carnal como el referido por la Fiscalía en la acusación.

### **6.9 El sentido de la decisión**

De conformidad con lo expuesto en los párrafos anteriores, se confirmará el fallo impugnado, con la aclaración de que la condena procede por el delito de actos sexuales con menor de 14 años (Art. 209 del C.P.) agravado, porque la conducta se cometió con el concurso de otras personas (Art. 211, numeral 1°).

La pena prevista para el delito de actos sexuales con menor de 14 años (9 a 13 años), debe incrementarse de una tercera parte a la mitad, a la luz de lo establecido en el artículo 211, numeral 1°. Por tanto, los extremos quedan establecidos en 12 años el mínimo, y 19 años y 6 meses el máximo.

Ante la ausencia de circunstancias genéricas de mayor punibilidad, a lo que se aúna a favor del procesado la ausencia de antecedentes penales, la Sala estima razonable lo expuesto por el Tribunal en el sentido de que debe imponerse la pena mínima, bien porque la tasación debe hacerse dentro del primer cuarto de movilidad y porque no existen razones para optar por una sanción mayor a la mínima prevista en el mismo.

Lo anterior, con la aclaración de que el sometimiento de la víctima al abuso sexual y la participación de varias personas son aspectos estructurales de las normas penales que se consideran aplicables al caso. Por ello, no podrían ser tenidas en cuenta para imponer una sanción mayor a la mínima prevista en los artículos 208 y 211 del Código Penal.

Por razones obvias, la pena mínima del primer cuarto coincide con el extremo mínimo de la sanción prevista por el legislador, lo que hace innecesario referirse a los guarismos de los diferentes cuartos de movilidad.

Finalmente, lo analizado en precedencia no afecta los atinados razonamientos del Tribunal en torno a la improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Por lo expuesto, se confirmará el fallo impugnado, con la aclaración de que la condena procede por el delito de actos sexuales con menor de 14 años (Art. 209), agravado porque la conducta se cometió con el concurso de otras personas (211, numeral 1º). Por tanto, el monto de las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será de doce (12) años. En los demás aspectos, el fallo impugnado se mantendrá incólume.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**Primero:** CONFIRMAR el fallo condenatorio emitido el 10 de diciembre de 2019 por el Tribunal Superior de Cúcuta, con las siguientes modificaciones: (i) Se condena a JEFFERSON HERNÁN SOTO HERNÁNDEZ por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, y (ii) las penas de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por este delito se fijan en doce (12) años.

**Segundo:** En los demás aspectos, el fallo impugnado se mantiene incólume, incluyendo la decisión de no otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Contra esta providencia no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Despacho de origen.

  
**FABIO OSPITIA GARZÓN**  
**Presidente**



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**



**MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**

SAN



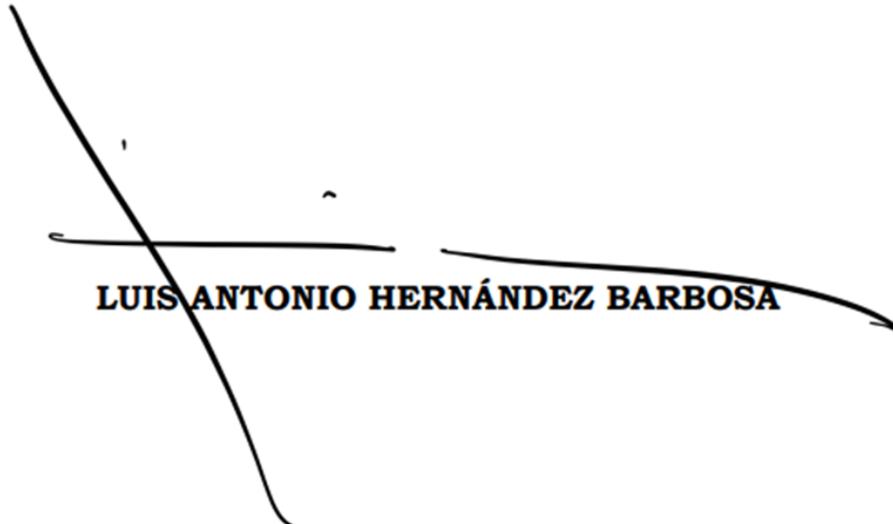
**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**



**GERSON CHAVERRA CASTRO**



**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**



**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

Sala C



**HUGO QUINTERO BERNATE**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria