



**PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL**

Bogotá, D.C., 5 de octubre de 2020

**Doctora  
PATRICIA SALAZAR CUELLAR  
SALA DE CASACION PENAL  
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
Ciudad**

Ref. Casación No. 53151  
Procesado: Jonier de Jesús Jiménez Marín  
Delito: Actos sexuales con menor 14 años Art. 209 C.P

Honorables Magistrados

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, presento alegato como no recurrente, en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes dentro del asunto de la referencia. Dentro de la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado, contra la sentencia proferida el 17 de abril de 2018, por el Tribunal Superior de Buga, mediante la cual, se revocó la absolutoria sobre la menor M.J.D.L.R., emitida el 19 de septiembre de 2017, por el Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo, como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, del artículo 209 del C.P.

## **1. SOBRE LOS HECHOS**

Los hechos fueron resumidos por el juez de segundo grado, del siguiente tenor literal:<sup>1</sup>

*“La señora AURA MARCELA, con cc 1115420762 expedida en Toro Valle, quien denuncia lo siguiente: el día de ayer 03 de noviembre aproximadamente a las 5:00 pm, mi hija I. J. D. L. R. de 07 años y M. J. D. L. R. de 05 años se encontraban conmigo en mi casa, cuando llegó JHONIER DE JESÚS JIMÉNEZ, quien era mi ex compañero sentimental, el cual es el padre de mis hijas y no convivo con él aproximadamente hace 05 años. éste las invitó al parque principal al municipio de Toro a dar una vuelta, mis hijas me pidieron permiso al cual les dije que sí, ellas se fueron con él, pasó aproximadamente media hora y regresaron nuevamente a mi casa, mis dos hijas con el papá, en ese momento I. me pidió permiso para ir al parque con el papá, a mí se me hizo raro, ya que ellos desde un principio se habían ido para el parque, yo le di el permiso nuevamente, pero, mi hija M. estaba enojada y se notaba como rara, ella no quiso regresar al parque con su papá. Yo le pregunté porque no quería ir y ella me contó que había ido a la casa donde vive el papá y, cuando había ido al baño su papá se fue detrás y ella le abrió la puerta y que éste le tocó, le olió y le dio besos en su vagina, yo ahí mismo mandé a buscar a mi otra hija I. con dos personas que son conocidos ya que ella si se había ido con su papá, mis amigos me cuentan que ellos fueron al parque y no encontraron a mi hija ni a su papá entonces ella procedieron a ir a buscarlos a la casa donde vive JHONIER, la cual está ubicada en el barrio centro del municipio de Toro, carrera 4a con calle 9a esquina segundo piso, ellos empezaron a llamar a I. por su nombre desde la calle, en esas mi hija se asoma al balcón y se regresó al interior de la casa donde estaba y se demoró aproximadamente 10 minutos y salió y se vino con mis amigos para mi casa, como mi hija M. ya me había contado lo que le sucedió al principio, yo le pregunté a I. que me contara que le había hecho a ella y, fue ahí que ella me contó que su papá no la había llevado para el parque sino para la casa de él, que ella estaba acostada en la cama de él viendo TV y que JHONIER se acostó al lado y comenzó a cogerla a la fuerza, besándole la boca, ella me dice que se trataba de voltear y él no la dejaba, que luego le desabrochó el short y le bajó el cierre del pantalón que ella tenía puesto y que comenzó a tocarle la vagina y que el papá no le hizo nada más porque escuchó que afuera la estaban llamando,*

<sup>1</sup> Fls. 2 y 3 fallo del Tribunal.



yo toda preocupada por esto, fui y llevé a mis dos hijas al hospital la Sagrada Familia del municipio de Toro donde les prestan atención médica a cada una,...

## 2. DEMANDA

El recurrente presentó el siguiente cargo, contra el fallo de segunda instancia, para que el mismo se case totalmente.

### 2.1. CARGO ÚNICO: Violación indirecta de la ley sustancial

Con fundamento en el numeral tercero del artículo 181 del C.P.P., el recurrente en casación, acusó el fallo de segundo grado, toda vez que en su sentir, incurrió en errores de hecho por falso raciocinio, en la apreciación de la prueba: *“En relación con la causal tercera de casación que se invoca, es pertinente señalar que está dirigida a denunciar la violación indirecta de la ley sustantiva cuando se presenta un error in iudicando por manifiesto desconocimiento de las reglas de “apreciación” de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, y que consistirá en este caso, en errores en la contemplación material de la prueba (errores de hecho).”*<sup>2</sup>

Agregó, que el Tribunal desestimó las reglas de la sana crítica y desconoció algunos medios de conocimiento: *“Al respecto, se debe indicar que la Sala Penal del Tribunal Superior de Guadalajara de Buga Valle del Cauca, desatendió las reglas de la sana crítica en el ejercicio de valoración probatoria e ignoró algunos medios de conocimiento, transgrediendo directamente los artículos 380, 381, 382 y 404 de la Ley 906 de 2004, y de forma indirecta los cánones 29 y 230 de la Constitución Política.”*<sup>3</sup>

Insistió, en que el *ad quem* incurrió en el falso raciocinio alegado, al valorar el testimonio de Julián Andrés Sánchez: *“Error de hecho por falso raciocinio en relación con el testimonio de JULIAN ANDRES SANCHEZ. El fallo de segunda instancia desconoció el contenido de los artículos 380, 381, 382 y 404 de la Ley 906 de 2004”*.<sup>4</sup> Recalcó, que el fallo del Tribunal, desconoció los postulados de la sana crítica, frente a la responsabilidad del procesado en el delito cometido contra la menor M.J.D.L.R.: *“Estos postulados no fueron atendidos en el presente caso por el Honorable Tribunal, quien frente a lograr la responsabilidad de mi representado ante el delito en contra de la menor M.J.D.L.R, toda vez que no se dio ningún tipo de credibilidad al testimonio de Santiago Vallejo, aún más que como quiera que sea son pocos los sucesos o hechos en delitos que atentan contra la integridad , libertad y formación sexual que soportan testigos directos, como en el caso que nos ocupa, claro es en su declaración que estuvo presente a la misma fecha y hora de los hechos objeto del litigio.”*<sup>5</sup>

Concluyó la censura que: *“No obstante lo anterior, los fundamentos del citado Tribunal configuran un falso raciocinio -ERROR DE HECHO- por desconocimiento de los postulados de la sana crítica, en punto, nótese señores magistrados que por regla general los delitos sexuales han llevado el nombre según la alta corporación de delitos a puerta cerrada, pero este caso en especial existió el testigo directo de los presuntos hechos delictivos, es decir la declaración directa del joven Santiago Vallejo Jiménez que fue valorada de manera contraria a los mismo postulados, se le restó credibilidad total, aun cuando ni siquiera fue escuchada en juicio”*.<sup>6</sup>

## 3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Casar parcialmente la sentencia del Tribunal de Buga, del 17 de abril de 2018

### 3.1. AL CARGO ÚNICO: Violación indirecta de la ley sustancial

La censura aduce, que el Tribunal incurrió en errores de hecho por falso raciocinio, por desconocimiento de los postulados de la sana crítica, en la apreciación de la declaración del

<sup>2</sup> Fl. 8 de la demanda.

<sup>3</sup> Fl. 9 demanda de casación.

<sup>4</sup> Fl. 10 de la demanda.

<sup>5</sup> Fl. 11 del escrito de demanda.

<sup>6</sup> Fls. 21 y 22 de la demanda.



joven Santiago Garzón Jiménez, quien era testigo directo de los hechos: *“la que fue valorada de manera contraria a los mismos postulados y se le restó credibilidad total”*.<sup>7</sup>

En este contexto, el problema jurídico a resolver en el sub examine, se contrae a elucidar si el fallo atacado está incurso en la violación alegada, toda vez que según la censura, la sentencia del ad quem desconoció los postulados de la sana crítica, en la apreciación de la declaración del supuesto testigo directo de los hechos.<sup>8</sup> Debe precisarse inicialmente que el presente asunto plantea dos aspectos diferentes que se deben abordar, teniendo en cuenta que la decisión acusada no solo confirmó parcialmente la decisión del juez, sino que revocó la parte absolutoria del fallo de éste, imponiendo una nueva condena por un delito concursal en contra del procesado. Con ello, aumento la pena ostensiblemente y agravó su situación procesal. Por lo tanto, debe analizarse del curso de la demanda si los fallos deben ser mantenidos en su totalidad o solo parcialmente o se debe solicitar casar en su integridad.

1. En relación con el cargo esgrimido frente al tema que los falladores de instancia no valoraron el testimonio del sobrino del procesado siendo un testigo directo, hay que indicar que no le asiste razón a la censura, toda vez que la apreciación de la declaración del supuesto testigo presencial de los hechos, Santiago Garzón Jiménez -sobrino del condenado-, se ajustó en un todo a los postulados de la sana crítica y de la apreciación racional de la prueba, que dice la censura fueron desatendidos por el Tribunal, ya que la corporación judicial discernió que dicho testimonio era manifiestamente sospechoso, pues lo único que pretendía era tratar de sacar impune a su tío, el reo JIMÉNEZ MARÍN.<sup>9</sup>

*“En ese discurrir del discurso, se debe advertir que, el testimonio de Garzón Jiménez es notoriamente sospechoso, dado su evidente y denodado esfuerzo por sacar impune a su tío, lo cual conllevó al a quo a restarle toda credibilidad; no es que se haya menospreciado su declaración, sino que la misma se aprecia ilógica en su discurrir, dado que no dio ninguna razón entendible y atendible del porque la niña M.J.D.L.R., irrumpió en inconsolable llanto, cuando su padre se acercó a asearla; tampoco, explicó porque centró su atención en lo que sucedía con ellos tras de sí, sin razones conocidas y lo más grave su testimonio en lo que tiene que ver con la búsqueda de la absolución de su consanguíneo aparece totalmente huérfana de respaldo en otras pruebas.”*

2. En la valoración del citado testimonio de GARZÓN JIMÉNEZ, el ad quem destacó que, de su dicho, quedó claro que no solo el cuerpo del acusado impedía su visibilidad hacia el baño donde estaba la niña, sino que, además, cuando afirmó que el baño se ubicaba detrás del mueble donde estaba sentado, era obvio que estaba de espaldas al mismo, y por lo tanto, no podía realmente haber observado lo acaecido:<sup>10</sup> *“Además, es obvio, que el propio cuerpo del acusado le impedía al testigo, el acceso visual desde la parte externa, para ver lo que estaba haciendo el inculpatado con su hija al interior del sanitario; máxime, si se halló de espaldas a ellos y, no esclareció, si estuvo siempre observándolos, mientras duró su permanencia en el servicio. Veamos lo que dijo: “...yo estaba sentado en los muebles, y el baño quedaba atrás de los muebles yo estaba sentado de perfil y el baño me quedaba diagonal a mi lado derecho...” Por consiguiente, si estaba de espalda a los protagonistas, así que, no pudo observar lo que sucedió.”*

3. Advirtió también el fallo de segundo grado, que el testimonio del sobrino del enjuiciado, analizado en contexto, reñía con las reglas de la sana crítica, pues era totalmente contrario a las reglas de la experiencia, carecía de respaldo probatorio en otras evidencias y además estaba absolutamente alejado de la más elemental lógica:<sup>11</sup> *“En puridad, como se advirtió up supra, el testimonio evacuado a instancia de la defensa, del sobrino del acusado Santiago Garzón Jiménez, mirado en su contexto, no favorece en nada sus intereses exculpatorios, dado que en ese propósito se observa totalmente contrario a las reglas de la experiencia, carente de*

<sup>7</sup> Fls. 8 y ss. demanda de casación.

<sup>8</sup> Fls. 4 y 5 de la demanda.

<sup>9</sup> Fl. 21 sentencia del Tribunal.

<sup>10</sup> Fl. 23 fallo de segundo grado.

<sup>11</sup> ídem.



*respaldo probatorio en otras evidencias y alejado de la más elemental lógica como quedó evidenciado.”*

4. Recalcó el fallo de segunda instancia, que por el contrario, ese testimonio así percibido, corroboraba los indicios de mentira, oportunidad y capacidad para delinquir con que actuó el condenado, pues confirmó que en la fecha de los hechos no llevó a sus hijas al parque como se lo había indicado a su progenitora, sino a su casa y que además, acreditó que se encerró en el baño con su hija menor y corroboró el llanto de la niña al salir como reacción frente al abuso sexual que acaba de sufrir al interior del sanitario:<sup>12</sup>

*“Por el contrario, el testimonio de Garzón Jiménez, lo que hizo fue demostrar los indicios de mentira, oportunidad y capacidad para delinquir entre otros, en la medida que consolidó, afianzó y corroboró, i) que la tarde de los hechos ciertamente sus hijas víctimas, no las llevó al parque principal de Toro Valle, como lo prometió, sino a su casa, ii) en lo esencial coinciden las circunstancias de espacio, tiempo y modo de ocurrencia del delito que padeció M.J.D.L.R., iii) también acreditó éste testigo, que su tío efectivamente aquella tarde se encerró en el baño con su hija menor M.JD.L.R., quien luego, ante su progenitora y frente al forense les contó que su padre le manipuló, olió y besó la vagina, iv) corroboró el evidente malhumor, malestar que expresó la niña con un persistente llanto, que no se compadece con sus presuntas causas y por el contrario; es decir, es inusual que una niña de cinco (5) años no pueda asearse por sí misma, también, es ilógico que irrumpa en llanto sin motivo alguno, como lo quiso hacer creer el declarante lo que demuestra que fue su reacción frente al abuso sexual.”*

5. Añadió en sus consideraciones la corporación seccional, que las alteraciones en el comportamiento de la niña M.J.D.L.R., indudablemente obedecían a la invasión de su intimidad, por la intrusión abusiva y violenta del acusado en el espacio de intimidad de su hija, razones por las cuales ella prorrumpió en llanto y al regresarla a la casa, la menor le narró lo acontecido a su propia madre:<sup>13</sup> *“Las alteraciones comportamentales advertidas en M.J.D.L.R., inexorablemente, obedecieron a la transgresión de su intimidad, por la irrupción inopinada, invasiva, abusiva y violenta del acusado en el espacio de intimidad de su hija, por esa razón la niña irrumpió en inconsolable llanto y expresó su desaprobación a través de la rabia e impotencia como lo notó su progenitora tiempo después.”*

Como se observa, el Tribunal si analizó detenidamente el testimonio rendido por Santiago Garzón Jiménez, sobrino del procesado, solo que dentro de su análisis de valoración no le brindó ningún grado de credibilidad, por encontrarlo sospechoso y parcializado dado que se trataba de la responsabilidad penal de su pariente, a juicio del Tribunal solo buscaba sacarlo avante. Sin embargo, si analizó la prueba en conjunto. Distinto es que tal criterio no se corresponda con el deseo o querer de la parte recurrente.

6. Además, en el análisis de la secuencia de los hechos, el Tribunal enfatizó, que una vez la madre de la niña víctima se enteró del abuso sexual padecido por su hija menor (M.J.D.L.R., de 5 años), a manos de su propio padre, temió razonablemente que lo mismo le podría suceder a su otra hija (I.J.D.L.R., de 7 años), quien en esos precisos momentos estaba con él, supuestamente en el parque del pueblo como se lo había indicado antes, y por eso accedió a dejarla salir de nuevo:<sup>14</sup> *“Obsérvese, que una vez enterada la señora Aura Marcela de los Ríos García, del abuso sexual padecido minutos antes por su hija menor M.J.D.L.R, por parte de su progenitor y en la casa del mismo, legítimamente temió, que lo mismo le podría estar sucediendo en tiempo real a su hija mayor I.J.D.L.R. quien a la sazón había salido nuevamente con destino al parque central de Toro, Valle del Cauca.”*

7. Denótese como el *ad quem*, en su análisis de valoración de la prueba destacó otro indicio incriminatorio contra el enjuiciado, pues de nuevo le mintió a la madre y a las propias niñas, toda vez que en la segunda oportunidad que dice llevar a su hija mayor, I.J.D.L.R. a pasear al parque principal, por el contrario, decidió llevarla directamente a su casa con el propósito ya

<sup>12</sup> Fls. 22 y 23 fallo de segundo grado.

<sup>13</sup> Fl. 24 fallo del ad quem.

<sup>14</sup> Fl. 25 fallo de segundo grado.



develado:<sup>15</sup> *“Aquí, estamos frente a otro supuesto de hecho debidamente probado, indicio posterior inculpativo; pues, se confirmó que el acusado tampoco, en esta segunda ocasión, llevó a su hija I.J.D.L.R., a pasear por el parque principal de Toro Valle; sino que la condujo directamente a su casa.”*

8. La censura aduce que el Tribunal apreció el testimonio del testigo de descargo, de espaldas a las reglas de la sana crítica.<sup>16</sup> No le puede asistir razón alguna, pues su postura es solo una apreciación personal y subjetiva que no encuentra respaldo probatorio alguno. Por el contrario, en la valoración efectuada por el juez de segundo grado, destacó que no le confería mérito al testimonio del sobrino del encartado, en el cual pretendía exculpar al procesado JIMÉNEZ MARÍN, pues el mismo se tornaba sospechoso y contradictorio:<sup>17</sup> *“Asimismo, surgen evidentes los indicios de cargos, de la oportunidad para delinquir, dado que constituye un hecho probado, entre otros con los testimonios del propio acusado y de su sobrino Santiago Garzón Jiménez que dieron cuenta de la presencia de las niñas víctimas en la casa del acusado el día 03 de noviembre de 2.014, en las horas de la tarde, a las cinco p.m., tiempo aproximado de ocurrencia de los reatos. Que, a su vez, configura en contra del acusado el indicio de capacidad para delinquir, dada la concurrencia de circunstancias modales, de tiempo, espacio y personas concurrentes, (acusado y víctimas)”*.

9. Con fundamento en todo lo analizado y razonado por el fallo del Tribunal, no se observa ni por asomo, que haya incurrido en los yerros denunciados, o de que haya desatendido las reglas de la sana crítica, como sin fundamento lo propone la censura, pues precisamente con cimienta en dichas reglas, fue que la corporación departamental llegó a la incontrovertible conclusión de que el procesado JIMÉNEZ MARÍN, incurrió en el delito de actos sexuales abusivos en contra de sus dos menores hijas, de apenas 5 y 7 años y, por ello, el cargo propuesto deberá ser desestimado.<sup>18</sup>

10. El censor alegó un falso raciocinio en que incurrió el Tribunal,<sup>19</sup> sin embargo, se denota que no logró identificar cuáles fueron las leyes de la experiencia que estimó trasgredidas por el fallador de segundo grado, pues solo se limitó a cuestionar la credibilidad que otorgó a la declaración del testigo GARZÓN JIMÉNEZ, referidas a unos supuestos errores de hecho en la apreciación de esa prueba –los que sólo existen en su alegación- sobre la manera en que él no advirtió nada sobre los abusos y manoseos de que fueron objeto las niñas M.J.D.L.R. e I.J.D.L.R., de apenas 5 y 7 años de edad, respectivamente, por parte del procesado.<sup>20</sup>

No obstante, esta representación del Ministerio Público encuentra que no existe prueba legalmente obtenida y debatida en juicio para proferir sentencia condenatoria en contra de Jonier de Jesús Jiménez Marín, por el delito de acto sexual con menor de 14 frente a la menor M.J.D.L.R, como lo encontró probado el Tribunal Superior de Buga y por el contrario se debió confirmar la decisión apelada por duda probatoria. En efecto, dentro del desarrollo procesal quedo claro que:

La Fiscalía desistió de llevar a rendir testimonio en juicio a la menor M.J.D.L.R., sin que estratégicamente contara con mejor evidencia para probar la teoría del caso, por lo cual, no se puede suplir con un documento este medio probatorio como se trató al estipularse como medio de prueba, lo dicho por la menor en una entrevista fuera del juicio, con lo cual inexplicablemente se renunció a su dicho. Lo anterior, toda vez, que la víctima daría su propia versión ante el juez y en audiencia, siendo éste el escenario que seria objeto de confrontación para garantizar el derecho de contradicción y defensa del procesado. En efecto, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, con las consecuencias que ello acarrearán en el proceso.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Fl. 26 fallo del Tribunal.

<sup>16</sup> Fl. 8 de la demanda.

<sup>17</sup> Fl. 21 fallo del ad quem.

<sup>18</sup> Sesión del juicio oral del 31 de julio de 2015. Récord 03:45 y ss.

<sup>19</sup> Fls. 8 y 9 de la demanda.

<sup>20</sup> Fls. 21 y 23 fallo del Tribunal.

<sup>21</sup> CSJ RADICADO 44950, 25 de enero de 2017 MP Dra. PATRICIA SALAZAR CUELLAR



*“Si el testigo está disponible, es obvio que no concurre ninguna de las circunstancias excepcionales de admisión de prueba de referencia consagradas en el artículo 438 en cita. Por tanto, admitir, bajo esas condiciones, una declaración anterior al juicio oral como medio de prueba, no sólo trasgrede el artículo 438 de la Ley 906, sino, además, el artículo 16 ídem, norma rectora que establece que **“únicamente** se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”, y, en general, las normas que regulan la prueba testimonial<sup>22</sup>.*

*Esa clase de actuaciones, entendibles únicamente a la luz del ya superado principio de permanencia de la prueba, socava el sistema procesal penal implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, e impide el desarrollo de garantías judiciales tan importantes como el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, así como en las normas rectoras del nuevo estatuto procesal penal, según lo indicado a lo largo de este proveído. Por su trascendencia, estos yerros no se subsanan por la actitud pasiva de la defensa, ni por las fallas del juez en su rol de director del proceso”.*

En remplazo del testimonio de la víctima M.J.D.L.R y como prueba de cargo se estipuló una entrevista anterior al juicio, la cual, fue excluida por el juez por encontrar que no cumplía con los requisitos de legalidad y validez para ser tenida como prueba<sup>23</sup>. *En efecto el juez de conocimiento, señaló:*

*“Ciertamente fue el contenido incriminatorio de la entrevista en su contra lo pactado como probado por las partes, no el acto de investigación, ni como acto procesal según el precedente citado, sino como prueba de cargo donde directamente el acusado estaba aceptando, vía acuerdo probatorio, pero sin acudir al contenido del art. 131 del CPP, que los hechos dados por probados implicaban afirmar más allá de toda duda su ataque sexual a su hija MJDLR, en una clara afrenta a su derecho a la no autoincriminación, a la presunción de inocencia, a guardar silencio, a la igualdad de armas y al buen ejercicio de la defensa técnica, quien simplemente no efectuó control alguno ni contradicción sobre ese señalamiento, prácticamente afirmando la responsabilidad penal de su cliente sin mas ni más, premisa sobre la cual también trasegó el mayúsculo yerro de la Fiscalía al soslayar el debido proceso probatorio para poner a resguardo la principal prueba de cargo del atentado contra la menor MJDLR”<sup>24</sup>.*

Luego de analizado el restante material probatorio el Juzgado de Conocimiento de Roldanillo Valle, consideró que no hay prueba que conduzca a la certeza sobre la responsabilidad del procesado en el atentado contra la libertad sexual de la menor MJDLR, por cuanto la madre de la víctima y los demás testigos de cargo tenían la condición de prueba de referenci. Lo anterior, ya que dada las circunstancias en las cuales se desarrollan este tipo de comportamientos (a puerta cerrada), la posibilidad de prueba se reduce y en cuanto al testimonio del medico forense, éste igualmente no aportó información que permita tener certeza del hecho, dado que señaló frente al examen a la niña MJDLR, no encontró hallazgos compatibles con acto sexual alguno, no obstante que el examen se realizó al día siguiente en que se indica sucedieron los hechos.

Explicó el juzgado, que ante la ausencia del testimonio de MJDLR, el cual fue de uso por la Fiscalía, los demás, como son el dicho del investigador de policía judicial Julián Ríos Arenas, Oscar Marino Franco y la menor IJDRL, entre otros, son igualmente pruebas de referencia, con los cuales no se puede condenar por disposición expresa<sup>25</sup>.

Aclaró en consecuencia el Juzgado, para afianzar su determinación que los hechos sucedieron en dos tiempos distintos y que en el caso de la menor MJDLR, estos hechos se denunciaron como ocurridos entre las 5 a 5,30 de la tarde del 3 de noviembre de 2014. Después de esa hora el procesado regresa a la casa de la madre de las menores deja a MJDLR y vuelve a salir con

<sup>22</sup> Se hace énfasis en el tratamiento especial que tienen las declaraciones rendidas por los niños, especialmente los que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves.

<sup>23</sup> Véase páginas 6 y ss de la sentencia del Juzgado Roldanillo Valle.

<sup>24</sup> Paginas 12 y 13 fallo del Juzgado de conocimiento

<sup>25</sup> Pagina 15 fallo del Juzgado de conocimiento



IJDRL y es cuando se presenta un segundo hecho sobre el cual el Juzgado expone una arista diferente frente a la responsabilidad del procesado para hallarlo responsable de un ultraje contra la integridad sexual de la menor IJDRL.

En efecto, allí señaló el juzgado: *“Distinto es el panorama cuando se aprecia el testimonio del perito Oscar Marino Franco Arboleda, medico adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal, quien tuvo a cargo las evaluaciones sexológicas en las menores e hizo hallazgos en la menor I.J.D.L.R., que conceptuó como eritema, laceración a nivel de la horquilla vulvar o pequeño desgarró”*.

Aquí el dicho del médico perito se convierte en testigo directo de lo que profesionalmente verificó en el examen a la menor y lo que declaró sobre ello, respecto a las conclusiones que sus conocimientos profesionales y científicos le permiten deducir. Pero además, tiene el carácter de testigo de referencia en cuanto puede declarar sobre las manifestaciones y dichos que la víctima le hayan manifestado sobre los hechos. Lo anterior, en cuanto tienen la virtualidad de orientar al perito para corroborar que el objeto del examen y los hallazgos se correspondan con lo que le describen<sup>26</sup>. Contrario a lo ocurrido con el caso de la menor *MJDLR*, encontró el juzgado un panorama probatorio diferente, porque el perito compareció al juicio y expuso los hallazgos encontrados, al practicarle a la menor el examen un día después de los hechos. En consecuencia, dejó claro que esos hallazgos eran compatibles con la versión de este testigo.

Además y a su turno la menor IJDRL, compareció a testificar en juicio, de lo cual, el juzgado en el mismo sentido concluyó que: *“Congruente con lo anterior, en detrimento de la inocencia del procesado, la menor IJDRL., en el juicio oral también reitero parte del relato que había rendido ante el medico perito de Medicina Legal, corroborando entonces no tanto lo que aprecia en la anamnesis, sino mas bien los hallazgos en su cuerpo encontrados por la prueba pericial, como el desgarró en la horquilla vulvar, cuya explicación más razonable es justamente esa versión de que había sido su padre, el acusado quien la habría tocado y le habría ocasionado esa laceración. Adicionalmente, la declaración del perito al intentar ser controvertida por la defensa fue consistente en los hallazgos encontrados a nivel físico en la menor IJDRL”*.

Lo anterior, para concluir el juzgado que *“La amalgama de ambos testimonios practicados durante el Juicio Oral, apuntan más allá de toda duda a la corroboración no digamos periférica sino directa del delito y la participación responsable del señor Jonier de Jesús Jimenes Marín en los hechos investigados. Entonces, el relato de la menor I.J.D.L.R., mas lo manifestado por la prueba pericial, permiten edificar el juicio de responsabilidad penal en contra del acusado en relación con la mencionada víctima”*.

En el mismo sentido, el juzgado no encontró probado ningún hallazgo de alineación parental, dados los resultados de la verificación y confrontación de los hechos en la menor IJDRL, con lo objetivamente observado por el médico legista y declarado en juicio. Además, que las presuntas malas relaciones de pareja del procesado con la madre de la menor, no fueron probadas y el testimonio de *Santiago Garzón Jiménez*, quien declaró sobre el particular, era testigo de referencia, por cuanto, no le constaba por percepción directa tales malos tratos o animadversión<sup>27</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Superior de Buga, al desatar el recurso de la apelación, para fundamentar la revocatoria de la misma, en relación con la responsabilidad del procesado frente a la menor *MJDLR*, la fundó en prueba indirecta, teniendo como indicios la mentira. Lo anterior, porque el procesado engañó a la madre de las menores, haciéndole creer que las llevaría al parque pero en realidad se las llevó a su casa donde abusó de las mismas; también en el indicio de capacidad y oportunidad para delinquir ya que todas los testigos dan cuenta de la concurrencia de las víctimas y el acusado en la casa de este el día de los hechos.

Frente a la responsabilidad del procesado en el abuso de la menor *MJDLR*, señaló el Tribunal, afianzó la misma en testimonio de *Santiago Garzón Jiménez*, argumentando que: *“Por el*

<sup>26</sup> Sobre el tema CSJ SP2709-2018 radicado 50637 11 de julio de 2018 MP Dra. PATRICIA SALAZAR CUELLAR.

<sup>27</sup> Pagina 19 fallo del Juzgado.



contrario, el testimonio de Garzón Jiménez, lo que hizo fue demostrar los indicios de mentira, oportunidad y capacidad para delinquir entre otros, en la medida en que consolido, afianzo y corroboró, i) que la tarde de los hechos ciertamente sus hijas víctimas, no las llevo al parque principal de Toro Valle, como lo prometió, sino a su casa, ii) en lo esencial coinciden las circunstancias de espacio, tiempo y modo de ocurrencia del delito padecido M.J.D.L.R., iii) también acredito este testigo, que su tío efectivamente aquella tarde se encerró en el baño con su hija menor MJDLR, quien luego ante su progenitora y frente al forense les conto que su padre le manipulo, olio y beso la vagina, iv) corroboro el evidente malhumor, malestar que expreso la niña con un persistente llanto, que al no compadecerse con sus presuntas causas y por el contrario; es decir, es inusual que una niña de cinco (5) años no pueda asearse por si misma, también es ilógico que irrumpa en llanto sin motivo alguno, como lo quiso hacer creer el declarante lo que demuestra que fue su reacción frente al abuso sexual.”<sup>28</sup>

Queda claro, que las anteriores son solo hipótesis del Tribunal, porque por una parte, señaló no darle credibilidad al testigo, ya que lo tornó sospechoso de querer favorecer a su familiar, pero sobre ese mismo testimonio, concluyó que la menor fue encerrada en el baño por el padre de la misma, donde cometió el abuso sexual denunciado. No obstante, lo señalado por el testigo fue que el padre ingresó al baño para ayudar a la niña a asearse y que luego le dio un beso en la nalga para darle tranquilidad porque estaba llorando. Lo anterior, se convierte en hipótesis por cuanto la testigo y víctima que hubiese podido declarar sobre los hechos no fue llevada a juicio sin que se justificase tal proceder de la Fiscalía, porque al renunciar a la prueba testimonial con que contaba sin que existiese otra evidencia que legalmente introducida al proceso, pudiera dar la certeza o claridad en los términos del artículo 7 de la Ley 906, con poder de convicción para condenar más allá de toda duda<sup>29</sup>. La consecuencia entonces, era dejar de probar la teoría del caso y la consecuente absolución como aquí ocurrió. Lo anterior significa, que en el actual sistema procesal se pueda probar un hecho de cualquier forma, porque ello quebranta el debido proceso probatorio.

11. La carencia de prueba para condenar no cobija todos los hechos denunciados en contra del procesado como se pretende con la demanda. Ello por cuanto, pareciera desconocer el censor que la corporación judicial de Buga, recalcó que el delito en que incurrió el acusado JIMÉNEZ MARÍN, se acreditó debidamente no solo con lo declarado por la niña I.J.D.L.R afectada, la que relato de manera coherente, concisa y sucinta lo acaecido el día de los hechos en casa de su padre, donde en su relato describió lo acaecido en la casa de su propio padre y la angustia expresada, con ocasión de lo que les había sucedido en la tarde del 3 de noviembre de 201:<sup>30</sup> *“Que al interrogar a I.J.D.L.R., sobre lo que había sucedido ella le contó que: “...su papá no la había llevado para el parque, sino para la casa de él, que ella estaba acostada en la cama de él, viendo televisión y que Jonier se acostó al lado y comenzó a cogerla a la fuerza, besándole la boca, ella me dice que se trataba de voltear y él no la dejaba y que luego le desabrochó el short y le bajó el cierre del pantaloncito que ella tenía puesto y comenzó a tocarle la vagina...”*

12. Esta misma versión, la relató la niña I.J.D.L.R. al forense, en la cual contó con precisión, univocidad y detalle, los diversos tocamientos libidinosos en su vagina por parte de su padre, en lo cual llama la atención esta Agencia del Ministerio Público que se debe tener presente, que la víctima contó que le introdujo el dedo en la vagina. Lo cual, daría lugar incluso al acceso carnal de artículo 208 del C.P. en concordancia con el artículo 212 ibídem,<sup>31</sup> y no solamente de actos sexuales. como se le imputó por la Fiscalía. Lo anterior, toda vez que por acceso carnal, se debe entender la penetración no solo del miembro viril vía oral, vaginal o anal, sino la penetración por cualquiera de esas vías, de alguna parte del cuerpo, en este caso, de los dedos, como bien lo detalló la menor afectada: *“y me metió el dedo por la vagina y a mí me dolió”*.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Pagina 25 fallo del Tribunal.

<sup>29</sup> ARTICULO 7o. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

<sup>30</sup> Fl. 25 fallo del ad quem.

<sup>31</sup> ARTICULO 212. 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.

<sup>32</sup>Fl 25 del ad quem.





*"Idéntica versión le suministró al forense la niña I.J.D.L.R., veamos: "...cuando yo me fui con él, le dije que si me iba a llevar al parque y, era mentira, él dijo es que su mamá es muy azaradora y nos fuimos para la casa de él y, yo estaba entretenida en la cama viendo televisión y él me cogía a la fuerza a meterme la lengua en la boca y a desabrocharme el short y me metió el dedo a tocarme la vaginita y me metió el dedo por la vagina y a mí me dolió, él se había quitado la camisa y nada más..."*

13. Aspecto que, además fue corroborado por el perito médico quien conceptuó que halló en la menor: *"eritema, laceración a nivel de la horquilla vulvar o pequeño desgarró."* Lo cual evidencia el acceso carnal de que fue objeto por parte del enjuiciado JIMÉNEZ MARÍN.<sup>33</sup> Además, el galeno valoró los hallazgos en la menor I.J.D.L.R., como lo destacó el fallo del a quo: *"Distinto es el panorama cuando se aprecia el testimonio del perito Oscar Marino Franco Arboleda, médico adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal quien tuvo a cargo las evaluaciones sexológicas en las menores e hizo hallazgos en la menor I.J.D.L.R. que conceptuó como eritema, laceración a nivel de la horquilla vulvar o pequeño desgarró."*<sup>34</sup>

14. En este aspecto no se puede atender el argumento del censor al pretender desconocer lo realmente acontecido con el testimonio de *Garzón Jiménez*, que el propio Tribunal calificó con razón como sospechoso. Además, si bien este declaró sobre la inexistencia del abuso de que habría sido víctima la menor MJDLR, sobre el abuso a la menor IJDLR, no se puede decir lo mismo, porque sobre éste no le consta, ya que salió junto con el procesado y las dos menores a las 5,30 de esa tarde, cuando se regresaron a la casa de la madre de las menores, es decir que no estaba cuando en un segundo momento cuando volvió el procesado y la menor IJDLR y que según el testimonio de esta menor ocurrieron los hechos en los que ella fue víctima de los abusos de su padre descritos en precedencia.

15. Como testigo de cargo y víctima, en la audiencia del juicio oral, la niña I.J.D.L.R., describió que cuando estaba en la casa de su padre JONIER DE JESÚS, éste le tocó la vagina y la volteaba y la manoseaba a pesar de que le decía que no lo hiciera y él la seguía tocando, además, indicó que antes de tocarla, la besó en la boca y en las manos:<sup>35</sup> *"La parte que me tocó fue acá la vagina, la última vez, fue la vez que él me llevó, fue en una de las visitas, yo estaba en la casa de él, en la pieza de él, yo estaba viendo televisión...me tocó con la mano de él, él me desabrochó y comenzó a tocarme, me desabrochó el pantalón y me tocó por debajo del pantalón y yo le conté a mi mamá y, me dijo que si eso era verdad y, yo le dije que sí, por eso fui al médico y me preguntó que había pasado y mi mamá le contó lo que yo le había contado."*

La Corte Suprema de Justicia, ha señalado que en tratándose de delitos sexuales contra menores de edad, lo dicho por éstos resulta no sólo valiosa, sino muchas veces suficiente para determinar importantes aspectos probatorios, pues en estos casos, el testigo de excepción es la propia víctima. Esto se precisó con detalle en la sentencia con Radicación No. 35.080.<sup>36</sup>

Con fundamento en todo lo anterior, de lo demostrado en el proceso por parte del fallo del Tribunal, quien con fundamento en todo el caudal probatorio y con apoyo en la reglas de la sana crítica, evidenció para la declaración de condena contra el procesado JONIER DE JESÚS JIMÉNEZ MARÍN, no solo el testimonio de la menor M.J.D.L.R., de apenas 5 años de edad, sino en especial de su hermana también víctima I.J.D.L.R. de 7 años, de su progenitora Aura

<sup>33</sup> Fl. 26 fallo del Tribunal.

<sup>34</sup> Fl. 16 fallo del a quo.

<sup>35</sup> Sesión del juicio oral del 31 de julio de 2015. Fl. 27 fallo del ad quem.

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de mayo de 2011. Radicación No. 35.080. *"No se duda, de otro lado, que la prueba testimonial comporta entidad suficiente para demostrar hechos trascendentes en lo que toca con delitos de contenido sexual, incluidos, desde luego, aquellos que dicen relación con la estricta tipicidad de la conducta en su contenido objetivo, esto es, la forma en que la acometida libidinosa tuvo ocurrencia o, para mayor precisión, si hubo o no penetración anal o vaginal.*

*Y, desde luego, testigo de excepción para el efecto lo es la víctima, no sólo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública.*

*Así mismo, cuando se trata, la víctima, de un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia.*

*Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido le genera."*



Marcela de los Ríos y del médico forense Oscar Marino Franco Arboleda, quien atendió el examen sexológico de las niñas, a partir de los cuales, estableció se acreditaba la materialidad de la conducta, constitutiva del delito de actos sexuales con menor de 14 años, tipificado en el artículo 209 del C.P., al efectuar tocamientos en las vaginas de las niñas, con un evidente y comprobado contenido lascivo y sexual, y por todo lo anterior, el cargo debe ser despachado desfavorablemente y mantenerse la decisión del juez colegiado.<sup>37</sup> *“Acordes con los planteamientos expuestos, se impone confirmar la condena con relación a los actos sexuales abusivos que sufrió la niña I.J.D.L.R. y, revocar la absolución con relación a la comisión del mismo delito en concurso material, en esta ocasión agotado en su hija menor M.J.D.L.R., para en su lugar, condenarlo bajo los parámetros del Artículo 31 del Código Penal.”*<sup>38</sup>

En consecuencia, esta Agencia del Ministerio Público, estima procedente casar parcialmente el fallo demandado y deberá, entonces, dejar en firme la decisión emitida el 19 de septiembre de 2017, por el Juzgado Penal del Circuito de Roldanillo.

Atentamente,

**PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA**  
**Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal**

<sup>37</sup> Ver fls. 21 y 22 fallo de segundo grado.

<sup>38</sup> Ver fl. 37 fallo del Tribunal.