

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP784-2021

Radicación 57864

Aprobado según Acta N° 57.

Bogotá, D.C, diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

La Corte decide la impugnación especial presentada por la defensa de JESÚS FRANCISCO MARTÍNEZ JOJOA contra el fallo condenatorio que profirió el Tribunal Superior de Pasto por el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado, luego de revocar la absolución dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad.

HECHOS

El 8 de abril de 2012, la menor M.N.C.M.1, de 13 años de edad, salió de su residencia ubicada en el barrio Anganoy de la ciudad de Pasto, con el fin de dar una vuelta por el sector con su amiga Fanny Rosero Piamba. Pasado algún tiempo, luego de haber estado en casa de otra conocida, llegaron a la cancha del precitado barrio donde se hallaba un grupo de personas, entre quienes estaba un sujeto conocido como «chucho», con quienes compartieron algunos tragos de aguardiente.

Como la menor no regresó en la hora fijada, su progenitora Lila Yaneth Morales Medina salió a buscarla en los alrededores de la residencia sin que lograra ubicarla. Hacia la una (1) de la mañana del día siguiente, 9 de abril, la señora LILA fue advertida por un vecino que su hija se hallaba sosteniendo relaciones sexuales en espacio público, por lo que se desplazó al sitio ubicado en un callejón a dos cuadras de su vivienda, observando a alias «chucho», acostado sobre la menor en el piso, con su pantalón abajo y quien luego de incorporarse emprendió la huida. Posteriormente fue identificado como JESUS FRANCISCO MARTÍNEZ JOJOA.

En ese momento la señora Lila Yaneth Morales constató que su hija estaba semidesnuda con la blusa más arriba del busto y los pantalones debajo de las rodillas. La menor se hallaba en tal estado de inconsciencia que a pesar de las maniobras fuertes aplicadas por la madre, incluso abofeteándola, no logró que despertara. Después la arrastró para levantarla y trasladarla a un centro clínico donde recobró el sentido luego que le brindaron los primeros auxilios.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- En audiencia preliminar efectuada el 12 de septiembre de 2013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Garantías de Pasto, luego de decretarse la legalidad de la captura ordenada² previamente para la vinculación al proceso, la Fiscalía 52 Seccional Caivas de esa ciudad formuló imputación contra JESÚS FRANCISCO MARTINEZ JOJOA, por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado, por ser la víctima una menor de edad, conducta tipificada en los artículos 207 inciso 1º y 211 numeral 4º del Código Penal, sin que el imputado se allanara al cargo atribuido.

Seguidamente se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, donde permaneció hasta el 31 julio de 2014 cuando se ordenó su libertad.

2.- El 8 de noviembre de 2013, la Fiscalía 52 Seccional Caivas de Pasto radicó el escrito de acusación, que fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad.

La acusación se formalizó en audiencia celebrada el 7 de marzo de 2014, oportunidad en que la fiscalía modificó la calificación jurídica por el punible de «acto sexual diverso del acceso carnal abusivo» con incapaz de resistir agravado por la minoría de edad de la víctima, contemplado en el artículo 210 inciso 2º en concordancia con el artículo 211 numeral 4º del C.P.

3.- La audiencia preparatoria se surtió el 4 de agosto de 2014. El juicio oral se realizó en sesiones del 6 de abril y 29 de octubre de 2015, 23 de febrero, 27 de junio, 28 de junio y 16 de diciembre de 2016, culminando esta última diligencia con el anuncio del sentido de fallo de carácter absolutorio.

4.- El 1º de agosto de 2017, se dio lectura a la sentencia absolutoria que se fundamentó en la duda subsistente sobre la existencia del delito, en cuanto no se acreditó suficientemente por la fiscalía el estado de inconsciencia de la víctima para consentir los actos sexuales, echando de menos la prueba científica que lo corroborara, dada la ingesta de una mínima cantidad de licor, en este caso un solo trago de aguardiente, según indicó la propia ofendida.

5.- La Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, mediante sentencia de 4 de marzo de 2020, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía, revocó la sentencia absolutoria y en su lugar condenó al acusado por el delito objeto de acusación – acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado –, imponiéndole la sanción de ciento treinta (130) meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Igualmente denegó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, para lo cual se ordenó la captura inmediata del sentenciado.

6.- Advertidas las partes de la procedencia de la impugnación especial para garantizar la doble conformidad en los términos consagrados en el acto Legislativo 01 de 2018 y siguiendo los parámetros señalados por esta Sala en el proveído AP1263-2019 Rad. 54215, el defensor interpuso y sustentó la impugnación especial.

El Tribunal declaró penalmente responsable al acusado JESÚS FRANCISCO MARTÍNEZ JOJOA tras considerar que la prueba practicada en el juicio oral arrojaba el convencimiento más allá de duda razonable sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado.

Inicialmente el Ad quem se refirió a la complejidad en la investigación de los denominados «delitos sexuales»; el análisis del tipo penal objeto de acusación; «las evidencias de corroboración periférica (indicios y contraindicios de responsabilidad)», y la valoración de los testimonios de peritos en los procesos penales por delitos contra la libertad y pudor sexual en los que resultan víctimas menores de edad.

Frente al asunto en concreto, el Tribunal, siguiendo las pautas anteriores, abordó el análisis de las pruebas allegadas en el curso del juicio oral, partiendo de la versión de la menor víctima, el relato de su progenitora Lila Yaneth Morales Medina y lo testificado por Fanny Cecilia Rosero Pianda, amiga de M.N.C.M., arribando a la conclusión que la menor salió de su residencia en compañía de la joven Rosero Pianda y luego de estar en casa de otra amiga se encontraron con unos jóvenes conocidos del barrio Anganoy, quienes las invitaron a departir un rato incitándolas al consumo de licor en una tienda del sector y luego en la cancha, hasta cerca de las diez de la noche cuando el «grupo comienza a disolverse».

Destacó el Tribunal las disimiles posturas de la fiscalía y la defensa en torno a lo acontecido desde ese momento, pues la incriminación se centra en la versión de la madre de la menor víctima, dado que ésta refirió no recordar nada después de haber consumido un trago de aguardiente, en tanto que la versión exculpatoria radica en que no existió delito alguno pues en ningún momento la víctima quedó inconsciente y aunque reconoce que el acusado fue

sorprendido en compañía de la menor, no es cierto que estuviera acostado encima de ella ejecutando actos libidinosos sino que estaban de pie dándose un «beso largo» de despedida cerca de la casa.

Al confrontar tales versiones, señaló el juez colegiado, resulta verosímil la versión de la madre de la menor, al hallarla coherente, espontánea, cierta, en lo que atañe al estado de inconciencia de la menor y al sorprendimiento del acusado encima de ella; además que está respaldada en el testimonio del médico legista Miguel Darío Martínez Vélez quien al examinar a la ofendida encontró escoriaciones en la zona lumbar derecha, que acreditan lo dicho sobre el arrastre que tuvo que realizar la madre para intentar levantarla del suelo.

De igual forma, refirió que la perito psicóloga Martha Isabel Delgado Chávez dio cuenta de la afectación comportamental sufrida por M.N.C.M como resultado del episodio de abuso sexual de que fue víctima estando inconsciente, conclusión a la que arribó con sustento en que la menor no recordaba lo sucedido.

Destacó el Tribunal que existió «la interacción sexual entre la menor y el acusado sin consentimiento de aquella», pues aunque no se determinó su «intensidad», en todo caso, a partir de las reglas de la sana crítica se infiere que cuando las personas deciden sostener un encuentro erótico sexual, buscan que «ocurra en espacios donde se pueda mantener su privacidad e intimidad basado en el pundonor y escrupulosidad social» y no como en este caso, en un lugar público, iluminado, a la vista de todos y aledaño a la residencia de la víctima, por demás una menor de 13 años, de modo que «un consentimiento dado en esas condiciones inapropiadas» refleja que se hallaba en «un estado intelectual que le enervó su capacidad de disponer libremente de su cuerpo con fines sexuales».

Discurrió el Ad quem acerca de los efectos en el organismo del etanol y las diferentes fases de la intoxicación alcohólica, que para el caso de la menor M.N.C.M. se halla acreditado con sustento en la prueba testimonial e indiciaria, sin que la credibilidad y eficacia de esta se

merme por no identificar la cantidad de alcohol ingerido.

Fue tal la intoxicación de la menor que no reaccionó a las maniobras utilizadas por la madre para que despertara, lo que es indicativo que «su capacidad de discernimiento e encontraba falsedad por una fuente exógena – alcohol- que enervaba completamente su facultad de decidir y disponer libremente de su sexualidad», aunado a que no contaba siquiera con la edad mínima – 14 años – «que le permiten obtener jurídicamente la capacidad de disponer de su cuerpo».

En lo referente a la tesis defensiva, reseñó que la misma carece de sustento probatorio en tanto que Fanny Rosero, amiga de la menor víctima, solo pudo dar cuenta de lo acaecido hasta el momento en que se dispersó el grupo, entre las diez y diez y media de la noche, cuando refirió que la menor quedó normal y en compañía del acusado, sin que pudiese dar cuenta de lo ocurrido con posterioridad a ese momento.

Igualmente destacó que, aunque el acusado reconoció que estaba de pie dándose un «beso largo» con la menor cuando fue sorprendido por la progenitora de aquella, tal versión carece de sustento probatorio y resulta contraria a la aserción de la progenitora quien categóricamente dijo que se hallaba acostado sobre la menor semidesnuda.

ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE

La defensa refutó las conclusiones del Tribunal sobre la ocurrencia del delito, pues, de una parte, no se precisó cuáles fueron las maniobras sexuales realizadas por el procesado y, de otra, no se acreditó el estado de incapacidad de la menor que le impidiera dar su consentimiento.

En cuanto a lo primero, afirma, el testimonio rendido por Lila Yaneth Morales Medina permite deducir la existencia de los actos sexuales al referir que encontró al acusado encima de su menor hija M.N.C.M, con los pantalones en las rodillas y la blusa y sostén levantados;

sin embargo, si esa versión es creíble no se entiende cuál sea la razón para no dar igual valor a las aseveraciones del acusado quien reconoció que efectivamente se hallaba en el sitio donde fue visto por la testigo, aunque «arrimados en un muro, dándose un beso largo».

Además, reseña, la declarante Lila Yaneth Morales Medina no dijo haber observado a MARTÍNEZ JOJOA realizando maniobras sexuales a la menor, solo refirió haber visto al acusado encima de la menor, de lo cual no emerge la ocurrencia de las maniobras sexuales que advirtió el A quem

Para el recurrente, la versión rendida por la madre de la menor víctima resulta afectada por el interés ocasionado por el malestar de que su hija no llegó en el momento en que le fue indicado, que tuvo que esperarla toda la noche y salir a buscarla, como lo confirma M.N.C.M al señalar en su testimonio que en el hospital su madre estaba «brava», sentimiento que además riñe con las reglas de la experiencia pues si en verdad su hija había sido «vejada sexualmente», la reacción no debía ser rabia sino de «cariño y comprensión».

Apuntó igualmente que Lila faltó a la verdad, al afirmar que en el Centro de Salud donde inicialmente fue atendida la menor, le habían informado que «la vagina de su hija estaba muy lastimada», lo cual fue desmentido por el médico legista quien conceptuó que las únicas lesiones que presentaba M.N.C.M. fueron las escoriaciones en la zona lumbar.

Por otra parte, en lo que atañe al estado de inconciencia de la víctima, apuntó que según la versión de Lila Morales Medina un vecino le comunicó que su hija «estaba teniendo relaciones sexuales o haciendo el amor», afirmación que tiene la connotación de un acto voluntario, consentido, no de una «agresión sexual», pues si la menor estaba siendo violentada no se entiende cómo «el vecino» prefirió ir a comunicar el suceso a la madre y no haber prestado auxilio a la agredida, como así lo indican las reglas de experiencia.

En cuanto al relato de la menor M.N.C.M., denota que no es veraz pues inicialmente dijo que

luego de haber consumido un trago de aguardiente empezó a sentirse mareada, con dolor de cabeza y no recordar nada hasta cuando ya estaba en el centro de salud; luego, al ser interrogada por la fiscalía si antes de la fecha de los hechos había tomado bebidas alcohólicas respondió que fue solo en una oportunidad «una copa de vino», aunque a la psicóloga forense le manifestó que desde hace 4 meses consume «sustancias psicotrópicas» cada 15 días.

También, la víctima faltó a la verdad cuando aseguró que mientras estaban reunidos con el grupo de jóvenes, M.N.C.M sólo dialogó con Fanny Rosero, sin embargo, ésta la desmintió en el juicio oral afirmando que todos estaban interactuando, e incluso que la menor M.N.C.M. primero se estaba besando con Yeison, alias «Pintu» y después se fue a dialogar con Francisco. Además, si la ofendida dijo haber visto que Francisco y otros jóvenes se estaban «secreteando» dando a entender que planeaban algo en su contra, lo lógico era que si pretendían emborracharla hasta dejarla inconsciente, no le hubieran dado solamente un trago de licor.

Cuestiona que el Tribunal hubiese concluido que entre las diez de la noche y la una de la mañana, la víctima posiblemente continuó la ingesta de licor y que por ende no fue un solo trago que produjo el estado de inconciencia, sin que exista siquiera un indicio que arrojara tal inferencia, máxime cuando la fiscalía no acreditó cuánta fue la cantidad que la menor consumió.

Apuntó que resulta insuficiente la demostración del estado de inconciencia con el testimonio de Lila Morales Medina quien indicó que la menor no reaccionó a pesar de abofetearla, arrastrarla y cargarla, pues ese estado también puede explicarse como consecuencia de «un desmayo fingido» de la menor al notar la presencia de su progenitora.

Sobre el dictamen rendido por la psicóloga forense Martha Isabel Delgado, advirtió que

resulta inconsistente pues aunque no acreditó el estado de inconciencia de M.N.C.M. si en cambio dio cuenta de la alteración en la conducta de la menor con ocasión de los hechos investigados, que también puede estar relacionado con un anterior abuso sexual como se consignó en el informe pericial.

En el mismo sentido, la pericia rendida por el galeno Miguel Darío Martínez solo da cuenta de las escoriaciones presentadas por la víctima como consecuencia de haber sido arrastrada por su progenitora, lo cual, desde luego, no comprueba tampoco la alteración mental de la menor M.N.C.M.

También discute la inferencia del Tribunal sobre el indicio acerca del lugar donde ocurrieron los hechos, pues si el acusado hubiese querido perpetrar el ilícito, las reglas de la experiencia y sana crítica indican que el abuso sexual se ejecutara en un lugar oculto, lejos de la residencia de la víctima, oscuro, donde no pudiese ser sorprendido; de modo que la versión del procesado resulta veraz en tanto que se limitó a acompañar a la menor hasta un lugar cercano a su casa para que su progenitora no se percatara de su llegada y la regañara, pero fue precisamente cuando se estaban despidiendo con un «beso largo» que la madre arribó al lugar.

De este modo, como no se acreditó la ocurrencia del delito, solicitó revocar la condena para que en su lugar se confirme la absolución proferida por el juzgador de primera instancia.

NO IMPUGNANTES

Las partes e intervinientes no se pronunciaron sobre la impugnación interpuesta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- De conformidad con lo señalado en el artículo 3º numeral 2º del Acto Legislativo 01 de 2018, corresponde a esta Sala resolver la impugnación especial presentada contra la

sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que condenó por primera vez a JESÚS FRANCISCO MARTÍNEZ JOJOA, por el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado, al desatar el recurso de apelación instado por la fiscalía contra la decisión absolutoria del Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad.

2.- La Corte procederá a resolver la impugnación especial al verificar que fue presentada por el defensor para hacer efectiva la garantía de la doble conformidad judicial introducida mediante el Acto Legislativo 01 de 2018.

3.- El Tribunal profirió sentencia condenatoria al encontrar demostrada más allá de duda razonable la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado JESÚS FRANCISCO MARTÍNEZ JOJOA, según el análisis conjunto de las pruebas practicadas en el juicio oral.

La defensa refutó dichas conclusiones alegando que no se acreditó el comportamiento delictivo al no especificarse los actos libidinosos realizados sobre la menor M.N.C.M. que la fiscalía atribuyó al acusado ni se demostró el estado de inconciencia en que se encontraba la víctima.

Para la Sala, no está llamada a prosperar la inconformidad de la defensa por cuanto no se advierte yerro alguno en la sentencia condenatoria dictada por el Ad quem, por lo que resulta acertada la declaración de justicia en ella contenida.

En efecto, se tiene que no fue objeto de debate la plena identidad del procesado y la edad de la víctima pues ello fue materia de estipulación, teniéndose por tanto demostrado que el inculcado corresponde a JESUS FRANCISCO MARTÍNEZ JOJOA, identificado con la c.c. 1.085.310.181, nacido el 20 de diciembre de 1993. Igualmente se acordó que M.N.C.M. para el momento de los hechos contaba con 13 años de edad⁴.

En lo que respecta al abuso sexual, se tiene la declaración de la Lila Morales Medina, madre

de la víctima, quien dio cuenta de haber sorprendido a JESÚS FRANCISCO MARTÍNEZ JOJOA cuando se encontraba con el pantalón abajo y encima de la menor M.N.C.M. quien a su vez estaba acostada en el suelo con su zona genital y el busto descubiertos.

Así refirió lo ocurrido:

«(...) [S]iendo el día 8 de abril me dirigía hacia el batallón Boyacá a visitar a mi sobrino que estaba presentando el servicio militar con mi hija Meylin Natalia Corral, llegamos como a las 11 allá y salimos como a las 4, en el transcurso de coger el bus llegamos a Anganoy como a las 5 pasaditas las 5 de la tarde, por la cancha, por el sector de la cancha y el CAI encontramos una amiga de mi hija, y ella se puso a hablar con ella y me pidió permiso para salir con ella, como estaba con una blusa corta y estaba lloviznando, le dije que vaya a poner una chaqueta, ella se fue a la casa por una calle yo me fui por otra, al llegar a la casa yo llegaba y ella iba de salida, me dio un beso y se despidió, le dije que regresara rápido y que no tomara, pasaron las horas, ella se fue perdón, ella se fue, pasaron las horas, las horas, ella no regresaba así que decidí salir a buscarla en repetidas ocasiones, no la encontré, la busqué por muchas partes pero no solo había mucha gente y no la encontraba, a la última vez que regresé a mi casa eran como las más o menos las 12 y media, me acosté».

Luego agregó:

(...) eran la 1 de la mañana, me golpearon la puerta un vecino que me dijo que mi hija estaba teniendo relaciones sexuales con un tipo, el vecino me dirigió donde ella estaba, mi hija, fui me agaché miré que era ella y al tipo lo agarré de la chaqueta lo tiré hacia el muro y él se regresó manoteándome me dijo: - ¿sabe qué? Yo me abro. Quise irme detrás de él pero al ver a mi hija inconsciente, indefensa, tirada en el piso con sus pantalones hacia abajo, y su blusa y su sostén hacia arriba, más arriba de los senos porque se los podía mirar, decidí quedarme ahí, me arrodillé, le subí la ropa, me arrodillé, la golpeé, le di

bofetadas pero ella no reaccionaba, así que la vestí y ella estaba muy pesada, la arrastré hasta una ventana que un muchacho estaba estudiando y le pedí el favor de que me la cuidara que un tipo estaba abusando de ella así mientras iba por mi hijo a la casa, fui por mi hijo a la casa y por el celular, y llamé al tío(...) PREGUNTADO: La persona que estaba encima de ella, ¿Cómo se encontraba exactamente? Respondió: Él estaba con los pantalones hacia abajo, y encima de ella»

Para la Sala, del anterior relato emerge con meridiana claridad la ocurrencia del ilícito por el que se acusó a MARTÍNEZ JOJOA, pues la posición en la cual fue encontrado, esto es, encima de la joven M.N.C.M. que tenía sus partes íntimas descubiertas denotan inequívocamente un comportamiento lujurioso, erótico-sexual del acusado.

Y si bien el médico legista Miguel Martínez refirió que en el examen practicado a la menor no se observaron signos de violencia en los genitales, ello descarta la ocurrencia de un posible acceso carnal, aunque no significa que el abuso sexual imputado por la fiscalía también sea desechado, dado que como se precisó en apartado anterior, la forma como estaba la joven y al acusado acostado sobre ella, evidencian el reprochable proceder.

Ahora, admitiendo en gracia de discusión y sin perjuicio de la conclusión precedente, que el enjuiciado al momento de ser visto por la madre de la menor M.N.C.M. se encontraba dándole un «beso largo», tal conducta también constituye un acto sexual tratándose de una menor de 14 años.

Sobre dicha temática, la Corporación puntualizó:

«A propósito, la Sala ratifica el criterio expuesto a partir de la sentencia de 5 de noviembre del 2008, radicación 30.305, en el sentido de que cuando se hace objeto a un menor de edad de tocamientos en sus partes íntimas, besos en la boca o actos similares, ese tipo de comportamientos no atraen el calificativo de injurias de hecho, porque es claro que con ellos se persigue afectar la integridad sexual del perjudicado, quien por sus mismas condiciones

de inmadurez dada la edad, no está en condiciones de comprender la naturaleza y trascendencia de los mismos. No se trata entonces de conductas que denoten un trato afectuoso hacia el menor, sino de acciones evidentemente lujuriosas, dirigidas según se dijo a satisfacer el instinto sexual del victimario, luego en atención al estado de especial vulnerabilidad en que se hallan los menores, y considerada además la incapacidad para disponer libremente de su sexualidad, deben ser objeto de una especial protección, lo cual implica que hechos como los aquí investigados se valoren en su justa medida y susciten el reproche punitivo adecuado»⁵

De este modo resulta infundada la crítica del recurrente en torno a que la testigo no especificó los actos sexuales, pues la declarante Morales Medina, en forma clara, concreta, narró la forma como el acusado se encontraba ejecutando los actos libidinosos, que ella refirió como si se trataran de relaciones sexuales.

Para la Sala, dicho testimonio goza de total credibilidad en tanto que no se evidencian contradicciones o fracturas en su contenido, además que dio cuenta razonada de su dicho detallando la forma excepcional en que pudo percibir el suceso, explicando las condiciones de visibilidad del lugar, las características del acusado, y no se advierte ningún interés de señalar falsamente al acusado.

Adicionalmente las aseveraciones de la progenitora de la víctima aparecen corroboradas en este aspecto, con el testimonio del mismo acusado quien reconoció que ciertamente fue descubierto por ella. Así describió ese momento:

« (...) mi compañero se despidió de nosotros y se fue y yo quedé ahí con Natalia, nos dimos un beso, me indicó a la casa de ella, y entonces le dije que si nos podíamos ver otro día ella me dijo que si, que pues que como ella estaba en el barrio entonces que ya no nos veíamos, nos estábamos dando ahí un beso largo en el cual llegó la mamá de ella y pues la gritó y le dijo que qué hacía a esta hora en la calle, que la estaba esperando; entonces me miró a mí

y me gritó y pues me dijo una mala palabra y me dijo que me vaya, entonces pues la volteé a ver quedé viendo a Natalia y pues me fui porque la señora estaba muy grosera y pues me dirigí hacia la cancha donde estaba mi compañero»

A la par de lo dicho, el lugar indicado por el acusado confirma que efectivamente los hechos ocurrieron cerca a la casa, lugar hacia donde se dirigían como el acusado lo admitió al decir que llegando a su casa, esto es, cerca del domicilio de la menor.

En ese mismo sentido, de corroboración del testimonio de la testigo principal de cargo, el Tribunal destacó con acierto que el dictamen forense dio cuenta de la lesión abrasiva que presentaba la menor en la zona lumbar, confirmando la versión de Lila Yaneth Morales Medina de halar por el piso a la menor hasta una casa cercana para que un joven la cuidara mientras ella iba a pedir ayuda a su otro hijo para levantarla y llevarla al centro médico, debido a su estado de inconciencia.

Si bien no se trajo al testigo que la madre refirió como la persona que le indicó el lugar donde se encontraba, por eso no desdice la veracidad de su testimonio sino que en la sana crítica dicho testimonio resulta creíble pues cómo explicar que la madre saliera a tan altas horas de la madrugada al sitio donde efectivamente pudo percibir la escena donde su menor hija era abusada sexualmente.

A juicio de la Corte, resultan infundados los argumentos del recurrente para desestimar la versión de la testigo Morales Medina, pues resulta baladí la explicación pretendida por el defensor de que la progenitora quizás se inventó el relato simplemente porque la menor M.N.C.M. no llegó a tiempo a su casa. Además de ser un simple enunciado hipotético, las reglas de la razón indican que la gravedad del hecho denunciado no puede ser una simple invención para desahogar la ira, cuando podía adoptar medidas correctivas sobre la menor y no involucrar al acusado si nada hubiese hecho.

En el mismo orden, no puede desecharse la credibilidad de un testigo por acciones que

habrían de esperarse de otra persona que no compareció al juicio ni por supuestas reglas de experiencia cuando corresponde a aspectos subjetivos. Así, decir que no es creíble la versión de Lila Morales Medina de que un vecino vino a informarle donde se encontraba la menor y qué estaba haciendo, porque no aquél no se quedó cuidando a la menor como lo indican las reglas de experiencia, corresponde a un juicio equivocado, porque no era la testigo quien debía explicarlo sino el informante que no compareció al juicio. Esto además se torna insustancial porque lo cierto es que en el lugar donde le indicaron se hallaba la menor fue finalmente encontrada.

Ahora, que no se le haya dado total credibilidad a la versión exculpativa del acusado no significa que se encuentre en un plano de desigualdad intolerable con el testimonio de Lila Yaneth Morales Medina, sino que no son atendibles por ser huérfanas de respaldo probatorio y que contrasta con la contundencia del señalamiento proveniente de la madre de la menor, ratificado con las demás pruebas sobre las que se cimentó la condena.

Y es que no es cierto como lo pregonan la defensa, que las explicaciones del procesado aparecen corroboradas con la declaración de Fanny Cecilia Rosero Pianda, amiga de M.N.C.M., pues se denotan serias y protuberantes contradicciones en sus dichos. Así, mientras JESÚS FRANCISCO MARTÍNEZ JOJOA dijo que la menor se encontraba con Yeison hasta cuando llegó Adriana la novia de aquel, este hecho, relevante, por cierto, no fue referido por la testigo Rosero Pianda, quien solo dijo que M.N.C.M. estuvo besándose con Yeison y luego se puso a coquetear con JESÚS FRANCISCO.

Pero lo más relevante es que Fanny Rosero dijo que la menor se quedó sola con Yeison cuando el grupo de jóvenes se fue cada uno para sus casas, mientras que Jesús Francisco expresó que él se quedó con otro amigo llamado Edinson y la menor M.N.C.M.

Valga señalar que si en verdad el acusado solo estaba besando a M.N.C.M, acto que según la defensa no sería delictivo, no habría razón para que huyera del lugar, sino que lo normal

hubiese sido que diera las explicaciones del caso a la madre de la menor pues nada ilícito estaba realizando.

Contrario a ello, se configura el indicio de huida pues si el procesado se marchó del lugar es porque en verdad estaba acostado sobre la menor desnuda realizando actos sexuales aprovechándose del estado de inconciencia que le produjo la ingesta de alcohol.

Frente a los reparos efectuados por la defensa al testimonio de la menor M.N.C.M., la Corte advierte que aunque es cierto que en juicio manifestó que antes de la fecha de los hechos no consumía licor contrario a lo dicho ante la psicóloga forense ante quien expuso que desde hacía 4 meses tomaba licor cada 15 días, tal inconsistencia carece de relevancia por cuanto no afecta lo esencial en torno al abuso sexual de que fue víctima y a al estado de inconciencia en que se encontraba en ese momento.

Si la menor no se hubiese afectado en su conocimiento ninguna razón hubiese tenido para que fuera llevada por su progenitora y más aún que refiriera que en ese lugar recobro la conciencia hacia las 8 de la mañana en el centro de salud donde fue llevada.

De la misma forma, resulta insustancial que la menor víctima haya expuesto que mientras departían en la cancha del barrio Anganoy solo dialogó con Fanny Rosero al tiempo que ésta declarante dijo que estaba con Yony y después con Francisco, pues lo trascendentes es que finalmente se quedó en compañía del acusado quien la sometió a maniobras sexuales antes referidas.

En lo atinente a la demostración del estado de inconciencia de la víctima, son plurales las pruebas que lo acreditan, así (i) el testimonio de Lila Yaneth Morales Medina, madre de la menor, quien refirió que su hija no respondió ante las maniobras fuertes que aplicó para que reaccionara (ii), la víctima M.N.C.M, que dijo haber perdido el conocimiento desde que se tomó un trago de aguardiente hasta cuando despertó en el centro de salud; (iv) la peritación de la psicóloga forense que concluyó que la menor presentó «amnesia lagunar o parcial en

el transcurso de unas horas en las cuales sucedieron los hechos debido al consumo de sustancias psicotrópicas».

Estas probanzas, que no aparecen desvirtuadas en el paginario, desvirtúan las aseveraciones de la defensa acerca de la no demostración de la afectación mental de la menor para comprender la realización de los actos sexuales, que por demás, dada su escasa edad – 13 años-, no podía dar su consentimiento.

Cierto es que no se requiere una prueba específica sobre el consumo del alcohol como lo pretende el censor, pues tal como el Tribunal lo explicó con sustento en la decantada jurisprudencia de esta Corte y conforme a lo dispuesto en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, el sistema de enjuiciamiento criminal se rige por el denominado principio de libertad probatoria, según el cual «[l]os hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos».

Finalmente, en lo atinente a la inferencia del Tribunal a partir del lugar de los hechos, el impugnante no plantea reproche alguno sino que propone su particular entendimiento a partir de juicios hipotéticos sobre circunstancias no acreditadas en el proceso, como lugares inciertos donde debieron desarrollarse los acontecimientos, para aplicar supuestas reglas de la experiencia y sana crítica que indicarían que si se pretendiera ejecutar el abuso el abuso sexual habría de ocurrir en un sitio clandestino, lejano a la residencia de la víctima. Así entonces, no es equivocada la conclusión del Ad quem ya que se afina en que el lugar donde realmente acaeció el abuso es indicativo de que el procesado se aprovechó del estado inconsciente de la víctima para ejecutar los actos lascivos.

Por lo demás, ningún reparo encuentra la Corte a los aspectos relativos con la fijación de la pena ni de los negativos de los subrogados o sustitutos penales que amerite corrección alguna, por lo que se confirmará íntegramente la sentencia con lo que se salvaguarda la

doble conformidad judicial que le asiste al procesado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia condenatoria dictada el 4 de marzo de 2020 por el Tribunal Superior de Pasto contra JESÚS FRANCISCO MARTÍNEZ JOJOA por el punible de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado sobre la menor M.N.C.M. conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

Contra esa decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

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

1 Se omite la identidad por mandato del artículo 153 de la Ley 1098 de 2006

2 En audiencia de 26 de junio de 2013, el Juzgado 1º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto, accedió a la solicitud de captura instada por la Fiscalía 52 Seccional Caivas

3 Fl. 46 c 1

4 Según el registro civil obrante a folio 53 C.1., nació el 15 de septiembre de 1998

5 CSJ, 16 may. 2012, Rad. 34661, reiterado en SP15269-2016, Rad. 47640