



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

SP164-2023

Radicación No. 53259

(Aprobado acta No. 080)

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensa de **CEPC** contra la sentencia que profiriera el Tribunal Superior de Sincelejo el 08 de mayo de 2018, revocatoria de la emitida el 1° de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Corozal (Sucre), para en su lugar condenar a la procesada a título de autora responsable de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y proxenetismo con menor de edad.

HECHOS

En la sentencia de segunda instancia se reseñó que, acorde con la acusación presentada por la Fiscalía, la investigación se originó en la denuncia que presentó **RSP**, padre de MISR, menor de 13 años, quien manifestó que, en la noche del 12 de enero de 2013, su hija había salido de la casa ubicada en el barrio Las Brisas de Corozal (Sucre) a jugar, sin que pasadas las horas regresara al hogar.

Por tal motivo, la buscó hasta la una de la mañana cuando un vecino le dijo que la había visto ir en una motocicleta conducida por **JMH** N., decidiendo entonces esperar a que ella volviera; como no retornaba, a las seis de la mañana del siguiente día 13 su esposa **MCRO**, se dirigió a la vivienda de **JMH** N., ubicada en el barrio Dulce Nombre de Corozal, sin encontrarla allí. No obstante, acudió a la estación de policía solicitando acompañamiento y con efectivos del orden se dirigió nuevamente a la casa de **JMH** N., encontrándose en el camino con la madre del individuo quien le informó que su hijo ya había llevado a la menor a su residencia.

Al retornar a la vivienda, no halló a la niña porque el papá, **RSP**, la había llevado a denunciar a **JMH** por su retención; en el trayecto la menor reveló a su progenitor que no era la primera vez que había sostenido relaciones con aquél y que con anterioridad su madrina **CEPC**, la había inducido a tener relaciones sexuales con otros hombres.

Le contó, además, que la primera vez que eso sucedió fue en la casa de **CEPC**, cuando le dijo que se sentara en una hamaca a su lado y le introdujo un dedo en la vagina para saber si era virgen; enseguida, le presentó a un hombre de tez morena, indicándole además que le daría dinero a cambio de que tuviera sexo con él. Para este fin, la tomó por las manos, la acostó en una cama para que dicho sujeto procediera a accederla carnalmente, mientras la mujer los observaba.

También le comentó que desde entonces su madrina le presentaba hombres para que, a cambio de dinero, del cual le quitaba la mitad de lo que le daban, sostuviera relaciones sexuales con ellos; y que todo empezó a suceder el año anterior, es decir, en 2012.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. En audiencia realizada el 09 de mayo de 2013 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Los Palmitos (Sucre), la Fiscalía formuló imputación contra **CEPC** como *coautora* de acceso carnal violento agravado en concurso con *proxenetismo con menor de edad agravado* en calidad de *autora*, descritos en los artículos 205, 211-4, 213A, 216-1 y 31 del Código Penal, cargos que ella no aceptó.

Mientras que a **JMH** se le atribuyó ser *autor* de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, artículo 208 *ejusdem*.

2. Presentado el escrito de acusación por la Fiscalía 10 Seccional de Corozal (Sucre) el 20 de junio siguiente, correspondió el conocimiento al Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de la localidad, donde se llevó a cabo la audiencia de formulación el 1° de agosto de la misma anualidad.

Tanto en el documento acusatorio como en la referida diligencia, se modificó, sin dar explicación alguna, la calificación jurídica de los delitos atribuidos a **CEPC**, a quien se acusó a la postre como *autora* de *proxenetismo con menor de edad*, artículo 213A del Código Penal, sin incluir la circunstancia agravante del artículo 216-1 del estatuto punitivo; y en concurso con *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, artículo 208 de la citada codificación.

Contra **JMH** se ratificó el cargo como *autor* de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, artículo 208 *idem*.

3. La audiencia preparatoria se adelantó el 21 de octubre de 2013, y posteriormente el juicio oral se surtió en varias sesiones que se llevaron a cabo los días 02 de junio, 14 de julio y 11 de agosto de 2015, 24 de febrero de 2016 y 23 de mayo de 2017, última fecha en la cual se anunció sentido de fallo absolutorio a favor de ambos procesados por todos los cargos objeto de la acusación.

4. El 1° de junio de 2017 se profirió sentencia absolutoria por cuanto, para la jueza cognoscente, la información documentada por la Fiscalía General de la Nación a través de la Policía Judicial, fue completamente desvirtuada de manera directa tanto por la menor MISR, de quien se dijo era la víctima directa de los hechos, como por sus progenitores **RSP** y **MCRO**.

De la primera, se destacó, atestiguó que sí sostuvo relaciones sexuales con **JMH**, pero cuando ya había cumplido catorce años; aunque su credibilidad fue impugnada -por la Fiscalía- con una entrevista que rindió a policía judicial sobre los hechos investigados, la menor declaró *“desvariando exageradamente en las fechas de concepción de sus hijos, así como la ubicación espacial de ocurrencia de algunos acontecimientos importantes frente a los hechos investigados”*, a lo cual se agrega que es la compañera permanente de **JMH** con quien tiene dos hijos.

En cuanto a **CEPC**, no dijo nada que la pudiera inculpar, pues el debate se dirigió a demostrar la responsabilidad de **JMH**.

Los padres de la menor nada aportaron porque se exculpaban en que no habían atribuido responsabilidad alguna a **JMH** ni a **CEPC**, e incluso, la señora madre de la presunta ofendida, al igual que lo hizo su hija, prefirió guardar silencio.

De las versiones de estos testigos, opuestas en todo a la entrevista inicial rendida por la menor, surgen, para la falladora de primer grado, dudas frente a la responsabilidad de los inculpados.

Por otra parte, acerca de la retratación de la presunta víctima, se explicó, haciendo alusión a decisiones de esta Sala, que

[...] sobre su versión inicial, en orden a reconstruir con la mayor fidelidad posible los supuestos facticos ventilados en la actuación, la misma fue ponderada, en aras de conferirle credibilidad a aquella declaración que correspondiera a la realidad decantada, a partir de los otros medios de conocimiento, y no sólo el testimonio de la menor vertido en la audiencia de juicio y el de sus progenitores. Ello, huelga anotar, en la medida en que son incompatibles ambas versiones, en cuanto relatan que un hecho sucedió y no sucedió al mismo tiempo.

En ese sentido, analizadas las declaraciones practicadas a petición de la Fiscalía, de la psicóloga Shadia Hernández Sampayo, el médico forense Saúl Gregorio Tirado Mercado y la especialista en biología forense Angélica María Chica Badel, se dijo que nada reportaron “*al tópico de responsabilidad de los procesados, en tanto que tímidamente informaron acerca del comportamiento de la menor frente al hecho investigado.*”

No fue posible identificar en cuál de las declaraciones la menor se ciñó a la verdad y en cuál mintió, ni los motivos

para haber procedido de una y otra manera, máxime que i) interrogada MISR, única testigo directa de los hechos, acerca de las razones para dar la versión inicial, respondió que lo había hecho porque estaba disgustada con el papá que la regañaba; ii) el padre de la menor dijo que había acudido a denunciar porque no sabía que su hija sostenía una relación sentimental con **JMH**; y iii) la progenitora de la niña manifestó que no había demandado a **CEPC**.

En conclusión, al surgir duda sobre la real ocurrencia de los hechos denunciados, se impone la prevalencia de la presunción de inocencia que ampara a los procesados.

5. Apelada la sentencia absolutoria por la Fiscalía delegada y la representante judicial de la víctima, los recursos de alzada fueron decididos por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Sincelejo el 08 de mayo de 2018, en el sentido de confirmar la absolución proferida a favor de **JMH**.

Y revocarla para, en cambio, condenar a **CEPC** como autora responsable de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años* en concurso con *proxenetismo con menor de edad*, a las penas de 288 meses de prisión, multa de 91 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso que la sanción privativa de la libertad. No se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, tampoco la prisión domiciliaria.

La determinación destaca de entrada que, si bien en un principio se adelantó en una misma actuación la investigación contra los dos procesados, creyendo que los hechos a ellos atribuidos guardaban relación, acorde con las pruebas practicadas en el juicio se establece que no es así.

Por consiguiente, se asumió el estudio de la situación jurídica de cada uno de ellos por separado, empezando por la de **JMH**.

En ese orden, expone el *ad quem* que con las dos entrevistas previas rendidas por la menor, los días 14 de enero y 20 de marzo de 2013, incorporadas en debida forma con el funcionario de policía judicial que las recibió; los testimonios del denunciante y padre de MISR, así como el de la madre de esta; el dictamen de valoración sexológica a la niña allegado por conducto del médico forense que la examinó; y el resultado del examen complementario de biología forense introducido al juicio por la profesional que lo realizó, se concluye no cabe duda alguna acerca de que MISR sostuvo relaciones sexuales con Jeison Gei **JMH** en varias ocasiones y con anterioridad al mes de enero de 2013, esto es, antes de cumplir 14 años teniendo en cuenta que, de acuerdo con el registro civil aportado, nació el 13 de febrero de 1999.

Acorde con la narrativa de la menor consignada en los mencionados elementos de convicción, las prácticas sexuales

le parecían normales por la relación sentimental que tenía con **JMH**, aunque al ser interrogada en el juicio oral como testigo de la Fiscalía y de la defensa de este, se retractó de lo dicho inicialmente; así, adujo haber mentido al incriminar a los dos procesados y aseguró que la primera relación sexual que tuvo con **JMH** fue después de cumplir los 14 años, agregando estar casada y tener dos hijos con él.

Ponderadas por el juez colegiado las declaraciones anteriores de MISR con su testimonio en el juicio oral, siguiendo el criterio explicado por la Corte en providencia del 25 de enero de 2017 en la radicación 44950, se rescató la convergencia que tienen porque son consistentes, coherentes y contienen riqueza descriptiva; no se contradicen, sino que son complementarias y confirman la relación amorosa que la niña mantenía con **JMH** desde antes de cumplir 14 años, al igual que la relación sexual que, específicamente, sostuvieron la noche del 12 de enero de 2013, cuando se quedó a dormir en la casa del procesado.

Lo anterior, además, es coincidente con lo atestado por **RSP**, padre de la menor, que manifestó haber presentado la denuncia precisamente porque **JMH** se llevó a su hija aquella noche y la regresó a su hogar hasta el día siguiente, lo cual ratificó **MCRO** Olivera, madre de la niña, al referirse a ese evento y al noviazgo que ellos tenían de tiempo atrás.

Acerca de la intervención en el juicio oral de MISR, cuando se retractó integralmente de las inculpaciones

hechas a ambos procesados, analizada la forma en que contestó, las respuestas y los términos utilizados, consideró el *ad quem* que fue preparada, amañada y tímida, cuidándose de no decir algo que los perjudicara, en especial, a **JMH**, por el evidente apego sentimental hacia él por ser padre de sus hijos; por ende, ningún crédito amerita el cambio de versión.

Consideró el Tribunal, entonces, demostradas las relaciones sexuales entre **JMH** y MISR antes de que ella cumpliera 14 años, por lo cual se configuraría la conducta típica descrita en el artículo 208 del Código Penal; pero, adicionalmente, tal y como refirió la menor, que dichas relaciones fueron consentidas por quienes mantenían, y mantienen, una relación sentimental estable que se ha convertido en unión marital, dentro de la que se han procreado dos hijos que conforman el núcleo familiar, a pesar de que **JMH** estuviera privado de la libertad con ocasión de la medida que le fue impuesta en este caso.

Con remisión a la sentencia C-146 de 1994 de la Corte Constitucional, concluyó el *ad quem*, se configura una causal de justificación para la consumación de las relaciones sexuales con una menor de 14 y mayor de 12 años, aunada a que en la pugna entre la protección al bien jurídico tutelado penalmente y la protección a la unidad familiar y los derechos de los niños, hijos de MISR y **JMH**, a tener una familia, debe prevalecer esta última.

En consecuencia, al desaparecer la antijuridicidad de la conducta de **JMH**, se fractura el concepto de delito pues para su configuración se requiere que la misma sea típica, antijurídica y culpable; por tanto, se confirma el fallo absolutorio de primera instancia.

Respecto de la situación de **CEPC** el juzgador colegiado evaluó, en lo fundamental, los mismos medios de prueba que estudió en el caso de **JMH**, con particular atención a las dos entrevistas previas que rindió MISR los días 14 de enero y 20 de marzo de 2013, citadas a la letra, de las cuales se coligió cierta la participación de la procesada en la consumación de los actos sexuales, a partir de la riqueza descriptiva de la narración de

*[...] las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que por primera vez fue accedida carnalmente por su madrina **CEPC** cuando estaba en una hamaca sentada en la vivienda de ésta, y le pidió que se subiera la falda y se quitara la ropa interior con el fin de verificar su virtud, para lo cual introdujo un dedo al interior de la vagina de la niña y con la supuesta conclusión de que no era virgen, le presentó al instante y dentro de la casa, un hombre que la menor víctima describe como moreno, gordito de nombre Reinaldo, el cual entró en la habitación donde se encontraban, procediendo **CEPC** a acostarla en una cama para que este sujeto la penetrara, agarrándola hasta que éste concluyera su cometido, para luego “premiar” a la menor con una suma de dinero que la obligó a compartir con ella.*

De igual manera, que dicho “proceder se volvió costumbre y se repetía una y otra vez en la vivienda de **CEPC**, con hombres distintos, todo motivado por la recompensa

*dineraria y que quien organizaba tale encuentros era esta mujer”, según fue relatado por MISR en forma espontánea, con detalle y sin que nadie se lo preguntara, pues en un comienzo la indagación se dirigía a la conducta asumida por **JMH**.*

En adición, aunque en sus intervenciones en el juicio la menor se retractó de cuanto dijo en contra de **CEPC**, ratificó que antes de hacerlo con **JMH**, había tenido relaciones sexuales con distintos hombres, sin precisar quiénes, dónde y en qué fechas.

De otra parte, llamó la atención el Tribunal en cuanto a que la menor aseverara que su dicho inicial fue consecuencial a la rabia que sentía hacia Karia N., la hija de **CEPC**, no hacia esta, argumento que causa extrañeza porque no se entiende para qué involucrar a la madrina en semejante lio, en cambio de inventar algo sobre quien era la causante de la molestia de la menor.

Para el *ad quem* las declaraciones previas rendidas por MISR, introducidas legalmente al proceso, e incluso la versión contenida en la anamnesis del dictamen de medicina legal, tienen absoluta credibilidad para “*persuadir...que la verdad estuvo allí, toda vez que de forma clara y coherente, con gran riqueza descriptiva narró todo lo acaecido sobre los hechos que protagonizó por cuenta de **CEPC***”; al paso que su retractación sobre los hechos que involucran a la procesada,

no cuenta con poder suficiente para desmentir las fuertes acusaciones que hizo en un principio.

En ese contexto, consideró el Tribunal cumplidos los presupuestos que la jurisprudencia de la Corte ha contemplado¹ para que sean admisibles como prueba las declaraciones anteriores, en concreto, que i) la declaración previa sea inconsistente con lo declarado en juicio; y ii) que la parte contra la cual se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio, como en este asunto sucedió.

Adicionalmente, se tiene que en el juicio oral **MCRO** Olivera, mamá de MISR, al ponérsele de presente la entrevista que rindió a policía judicial el 20 de marzo de 2013, a la cual también se dio lectura, aceptó lo expresado por entonces acerca de la relación familiar con **CEPC**, su cuñada, que durante dos años vivió en su casa, quien frecuentaba a la menor y a diario la llevaba a su residencia después de que salía del colegio, lo que guarda relación con la declaración de la niña acerca de cómo los encuentros sexuales con hombres desconocidos se producían en la vivienda de su madrina, en horas de la tarde.

En conclusión, la valoración de las pruebas practicadas conduce a acreditar la autoría y responsabilidad de **CEPC** en los delitos de: i) acceso carnal abusivo con menor de 14 años,

¹ CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950.

porque se demostró con el testimonio de MISR que su madrina le introdujo un dedo en la vagina para constatar su estado de virginidad, esto es, la accedió carnalmente, antes de que cumpliera 14 años; y ii) proxenetismo con menor de edad, pues organizó, facilitó y participó en los continuos encuentros de acceso carnal de que era objeto la menor por parte de los hombres adultos que conseguía, dando lugar a su explotación sexual para satisfacer los deseos libidinosos de esos sujetos con el único propósito de lucrarse del dinero recibido a cambio.

Estas las razones para revocar el fallo absolutorio de primera instancia y condenar a la procesada **CEPC** en calidad de autora de las conductas punibles acusadas.

7. Contra el fallo de segunda instancia la defensa de **CEPC** interpuso y sustentó el recurso de casación, cuya demanda fue admitida mediante auto del 06 de noviembre de 2019 en garantía del derecho a la doble conformidad; con posterioridad, se ordenó dar aplicación al Acuerdo 20 de 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con la finalidad de que la sustentación y los traslados del libelo se hicieran por escrito, atendiendo las medidas de aislamiento decretadas por el gobierno nacional con ocasión de la pandemia por Covid19.

LA DEMANDA

La defensa de **CEPC** propone tres cargos contra el fallo de segunda instancia que se resumen como sigue.

El primer cargo tiene fundamento en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por haber violado directamente la ley sustancial por exclusión evidente del artículo 82 numeral 8 del Código Penal, por cuanto se presentó la retractación de la víctima que no fue tomada en cuenta.

El segundo motivo de censura se propone con base en la misma causal, por violación directa de la ley procesal penal en el sentido de exclusión evidente del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, en lo relativo al conocimiento para condenar, porque el Tribunal tomó como pruebas a ese efecto las declaraciones de testigos de referencia presentados por la Fiscalía como son Jorge Isaac Briceño Payares, Saúl Gregorio Tirado, Shadia Hernández Sampayo y Angélica María Chica Badel, todos testigos indirectos o de acreditación.

Finalmente, se acusa al fallo impugnado por la causal tercera del artículo 181 citado, dado el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, porque se dejó de valorar individualmente y en conjunto, bajo la sana crítica, la totalidad de las pruebas practicadas en juicio, con las cuales se demuestra que **CEPC** no accedió carnalmente a la menor MISR ni la sometió a conductas de tráfico sexual de proxenetismo.

En consecuencia, pide casar y revocar la decisión recurrida para, en su lugar, absolver a la procesada de los cargos en su contra formulados.

INTERVENCIONES EN EL TÉRMINO DE TRASLADO

1. La defensa repitió lo expuesto en la demanda de casación acerca de los yerros en que habría incurrido el Tribunal al proferir el fallo de condena contra **CEPC**.

2. La Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte conceptúa que el primer motivo de censura está desenfocado y no coincide con la descripción del artículo 82-8 del Código Penal, porque la extinción de la acción penal por retractación se presenta en los eventos que expresamente prevé la ley penal, como es el caso de los delitos contra la integridad moral -injuria y calumnia-, al tenor del artículo 225 de esa misma codificación.

A diferencia de lo que plantea el censor sobre el cambio de la versión de la víctima que en el juicio oral refirió circunstancias distintas o contrarias a las que manifestó en entrevistas rendidas con anterioridad, que, en todo caso, pueden ser incorporadas como testimonio adjunto o complementario; por lo tanto, el reproche no debe prosperar.

Acerca del segundo cargo, considera que apenas quedó enunciado, pero no es sustentado en debida forma, por lo cual también debe ser desechado.

Y considera desacertada la proposición de la tercera censura pues se hacen cuestionamientos generales a la valoración probatoria del Tribunal.

No obstante, en procura de la garantía de la doble conformidad judicial, advierte que respalda el fallo de segunda instancia respecto de las pruebas que incriminan a la procesada **CEPC**, esto es, las dos entrevistas rendidas con anterioridad por la menor víctima MISR, que fueron analizadas conforme a la jurisprudencia de la Corte, dignas de credibilidad por la riqueza descriptiva y espontaneidad de la narración sobre los episodios sexuales abusivos de que ella fue objeto; al igual que comparte la valoración hecha por el juzgador colegiado a las actitudes exteriorizadas por la menor al ser interrogada en el juicio y responder interrogantes relativos a las relaciones sexuales con **JMH** y otros hombres, como a la intervención de **CEPC** en esos hechos.

Esto sumado al respaldo que brinda el testimonio de **MCRO** Olivera, progenitora de la menor, sobre la cercanía de la procesada **CEPC** con MISR por ser su madrina.

De manera que probada como está la responsabilidad de la mencionada procesada en los delitos investigados, se solicita no casar la sentencia recurrida.

3. La Procuraduría Tercera Delegada para la Casación Penal alude en simultáneo a los cargos primero y tercero de la demanda, porque en su criterio ambos plantean, en esencia, la inexistencia de prueba para condenar a **CEPC**.

Señala que no asiste razón al censor toda vez que el fallo de segunda instancia presentó un análisis conjunto y pormenorizado de todas las pruebas, en especial la declaración de la menor afectada, a pesar de que se retractó en dos oportunidades. Para el Tribunal no merecen crédito los argumentos ofrecidos por MISR al desdecirse de lo inicialmente afirmado contra la procesada CLAUDIA PÉRZ, denotándose claro el interés de la niña de favorecerla, al igual que a **JMH**.

Por tal razón, se indicó que la versión original de la víctima introducida legalmente al juicio oral no podía ser descalificada, debido a que la versión posterior dada en juicio no fue espontánea, sino amañada y preparada con el evidente propósito de favorecer a los procesados, especialmente a su compañero sentimental **JMH**.

El Tribunal efectuó un análisis conjunto de las diversas declaraciones ofrecidas por la menor víctima y, con base en las reglas de la sana crítica, destacó que no se podía desconocer el primer testimonio ofrecido por ella porque se compaginaba con la verdad material al expresar en forma categórica, explícita y descarnada, con determinación y fluidez, que **CEPC** la accedió carnalmente con uno de sus dedos, con el fin de verificar si era virgen; de igual manera, que la obligaba a tener relaciones con varios hombres a cambio de dinero, lo que ocurría en la casa de ella, y que se quedaba con la mitad de lo recibido.

De tal manera, no hubo exclusión de la retractación de la menor pues se tuvo en cuenta su testimonio, valorado en conjunto con las demás pruebas oportunamente allegadas al proceso, dando credibilidad a sus dichos anteriores y desestimando la retractación por no ser digna de crédito.

Por todo ello, los cargos primero y tercero, aduce el Ministerio Público, deben ser desestimados.

Al igual que debe procederse con la segunda censura por violación directa de la ley sustancial, pues no es acertado afirmar que la sentencia impugnada está basada únicamente en pruebas de referencia; al contrario, se basó en la declaración de la propia afectada y en los testimonios de sus padres, el médico legista y el funcionario de Policía de Infancia y Adolescencia que acudieron a testificar, en los términos que detalla el fallo en debate según memora la delegada, analizados en conjunto para edificar la responsabilidad penal de **CEPC**.

Se solicita no casar la sentencia y mantener lo decidido por el Tribunal Superior de Sincelejo, sin perjuicio de que se efectivice por la Corte la garantía de doble conformidad en relación con el estudio de la primera condena impuesta en segunda instancia contra la procesada.

4. El apoderado de la víctima peticiona, igualmente, no casar la sentencia controvertida porque el actor no demostró

los aspectos inherentes a las censuras que propuso desconociendo sin mayor argumentación, el valor probatorio asignado al testimonio de la víctima y su retractación, en cuanto al primer cargo.

Sobre el segundo reproche, alega que no se condenó a **CEPC** con base exclusiva en prueba de referencia, porque las declaraciones previas rendidas por la menor se tuvieron en cuenta luego de haber sido incorporadas con los testimonios de los profesionales que intervinieron en el proceso, dando total claridad sobre la existencia de los hechos cometidos en contra de una menor de edad vulnerable.

Y, finalmente, el censor no demostró en qué consistió el error por manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas, su trascendencia concreta, ni el perjuicio que habría causado a la procesada.

CONSIDERACIONES

1. Teniendo en cuenta que **CEPC** fue condenada por primera vez en sede de segunda instancia, la Corte garantizará en el marco de la resolución del recurso de casación, su derecho a la doble conformidad con base en el Acto Legislativo 01 de 2018 que, mediante el artículo 3-7, modificó el canon 235 de la Constitución Política en el sentido de disponer la procedencia contra las sentencias de primera condena que profieran los Tribunales Superiores de la doble conformidad judicial.

En el auto de admisión de la demanda de casación se precisó que de esa forma procedía con el propósito, precisamente, de salvaguardar la mencionada garantía, sin reparar en formalidades de técnica; por tanto, se resolverá el fondo del debate planteado, haciendo abstracción de los defectos de construcción que pueden evidenciarse en el libelo.

Los reproches planteados por el impugnante serán examinados en el marco de la legalidad de la sentencia condenatoria a partir de la naturaleza de los tipos penales objeto de la acusación, la confrontación individual y conjunta de los medios de prueba practicados y la satisfacción de los requerimientos para condenar previstos en la legislación procesal penal que ha regido el trámite del asunto.

De otra parte, oportuno y necesario es precisar que no se tomará en cuenta en el estudio que compete a esta Sala la situación del procesado Jeison Gei **JMH**, habida cuenta que, al margen de los comentarios que pueda merecer lo decidido en su respecto, su estatus jurídico se encuentra consolidado en virtud de la absolución en doble instancia proferida por las autoridades que conocieron del asunto, sin que se haya promovido en lo que a él concierne el recurso extraordinario de casación.

2. El proxenetismo con menor de edad

El Capítulo Cuarto del Título IV del Libro Segundo de la Parte Especial del Código Penal, del “*Proxenetismo*”, incluía, hasta antes de la reforma introducida por la Ley 1329 de 2009², en términos generales, la descripción de variadas conductas ilícitas relacionadas con explotar, proporcionar, demandar o lucrarse con actividades sexuales que involucraran a otras personas, incluso menores de edad.

Entre las modificaciones que la Ley 1329 introdujo se incluyó el cambio del aludido título que pasó a ser “*De la explotación sexual*”; al igual que la tipificación, entre otras nuevas conductas punibles, la del artículo 213A del estatuto punitivo denominada “*Proxenetismo con menor de edad*”:

El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organice, facilite o participe de cualquier forma en el comercio carnal o la explotación sexual de otra persona menor de 18 años, incurrirá en prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años y multa de sesenta y siete (67) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La esencia de la tipificación del *Proxenetismo con menor de edad*, se encuentra en el artículo 44 de la Constitución Política que consagra la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, entre los cuales de especial consideración la protección contra “[...] *toda forma de*

² “Por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.”

abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”

Esta modalidad delictiva, ha dicho la Corte de tiempo atrás³, tiene razón de ser, además, en diversos instrumentos internacionales como son el “*Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*” de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1949; la “*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*” de 1979; la “*Convención sobre los derechos del niño*”; el “*Convenio 182*” de la Organización Internacional del Trabajo - OIT de 1999, en punto de “*la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución*” como una de las manifestaciones de “*la expresión peores formas de maltrato infantil*”; y el “*Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*” de 2000.

En la providencia en cita, destacó la Sala el interés del legislador de “**otorgar un mayor contenido de injusto a la conducta de inducción a la prostitución cuando el sujeto pasivo de la misma se tratase de un menor de edad**”, se enfatiza, vista la exposición de motivos de la iniciativa legislativa:

³ CSJ SP, 14 ago. 2012, rad. 39160.

“I. Se propone cambiar el Título del artículo 213, ‘Inducción a la prostitución’ por el de ‘Proxenetismo’, ya que de acuerdo con las recomendaciones contenidas en los instrumentos internacionales se asimile la conducta a quienes se lucren, beneficieren, organicen o participen (nuevos verbos rectores), en cualquier forma de comercio carnal o la prostitución de otra persona. En estos casos no es necesario probar la voluntad de la víctima, solo la intención de lucro o la intermediación en los casos de explotación sexual de adultos.

II. Si se trata de proxenetismo en menores de 18 años, la pena se aumenta. Esto con el fin de proteger a las personas que están entre los 14 y los 18 años que en la actualidad resultan desprotegidas, ya que en el artículo sobre las circunstancias de agravación punitiva (artículo 216 C. P.) sólo se estipula una pena mayor cuando la conducta recae sobre una persona menor de 14 años”⁴.

Consecuente con ello, la Corte concluyó que “*el tipo de proxenetismo con menor de edad debe ser interpretado como un delito de inducción a la prostitución en el cual la víctima no ha alcanzado los dieciocho años de edad.*”

En ese ámbito, se proscribe y castiga a quien, con ánimo de lucro propio o de un tercero o con el propósito de satisfacer las pretensiones lujuriosas de otro(s), organiza, facilita o participa del comercio o de la explotación sexual de una persona menor de 18 años, al margen de que se consumen las prácticas sexuales con ella, porque se trata de un tipo de

⁴ “¹⁷ Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 181 de 2007 Senado, por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual, Gaceta del Congreso 358 de 2008. En el mismo sentido, Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 181 de 2007 Senado, Gaceta 257 de 2008.”

mera conducta que no exige la realización de un resultado concreto o específico.

La consagración de los verbos alternativos -organizar, facilitar o participar-, habilita reprimir acciones que involucren cualquier clase de atentado a la sexualidad de los menores de 18 años, ya sea la realización de conductas constitutivas de acceso carnal o de actos sexuales diversos, por variados medios o con el uso de indistintos instrumentos en tales prácticas, con los enunciados propósitos de provecho o beneficio propio o ajeno, o de satisfacción lasciva.

Igualmente, es un delito de peligro que propende por anticipar la protección del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de que son titulares los menores de edad, sin que para ello se requiera la consecución del fin de lucro o la satisfacción lujuriosa que impulsa al sujeto agente a obrar.

3. Del acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Este tipo penal está descrito en el artículo 208 del Código Penal, modificado por el artículo 4° de la Ley 1236 de 2008, en los siguientes términos: *“El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión...”*

La descripción se integra con el artículo 212 de la misma codificación que define el acceso carnal como *“la*

penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo u otro objeto.”

Son elementos de la infracción un sujeto activo y pasivo indeterminados, pero en todo caso concretándose en cuanto al segundo, la víctima, una condición especial: la minoría de catorce años; siendo indiferente que el ejercicio del actuar ilícito, conducta de connotación erótico-sexual, se realice con la anuencia o complacencia del sujeto pasivo pues se ha establecido que en ningún caso cuenta con capacidad de disposición sobre su sexualidad una persona menor de catorce años.

La edad de la víctima es un elemento esencial del delito, pues hasta los catorce años se ha considerado por el legislador, y así lo entiende la Corte, que debe brindarse una protección prevalente a los menores, proscribiendo comportamientos de connotación sexual que se realicen en o sobre personas que no superen esa barrera etaria, pues no cuentan con capacidad de comprensión adecuada respecto de las actividades sexuales, sus implicaciones y consecuencias para la propia identidad, libertad o integridad sexuales.

Se presume, sin que admita prueba en contrario, la incapacidad de los menores de catorce años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de su sexualidad, razón por la cual se proscribe el

aprovechamiento abusivo por parte del sujeto agente de la condición de inmadurez de la víctima derivada de su edad.

4. Presupuestos para proferir sentencia de condena. Garantía de doble conformidad.

4.1. Precisión liminar

En la audiencia de imputación de cargos se atribuyó a **CEPC** ser presunta coautora del concurso de delitos de **proxenetismo con menor de edad agravado** por ser la afectada menor de catorce años, artículos 213A y 216-1 del Código Penal; y **acceso carnal violento agravado**, artículos 205 y 211-4 *idem*⁵.

La segunda de estas conductas, alegó la Fiscalía, se configuró por el sometimiento a la fuerza de que **CEPC** hizo objeto a MISR, menor de 14 años, para que fuera accedida carnalmente por un individuo desconocido en su casa a inicios del año 2012, ilicitud que fue ratificada en el escrito de acusación, pero no en la audiencia que se formuló el marco fáctico - jurídico delimitante del juzgamiento oral.

Fue así como se acusó a **CEPC**, en cambio, como autora de los delitos de **proxenetismo con menor de edad**, sin incluir la circunstancia de mayor rigor punitivo del artículo

⁵ Ver audiencia del 09 de mayo de 2013, récord 01:46:52 y ss.

216-1; y **acceso carnal abusivo**, artículo 208 *eiusdem*, sin algún motivo agravante.

En todo caso, el segundo cargo concierne a la acción cometida por la procesada en el año 2012 cuando introdujo un dedo en la cavidad vaginal de MISR, mientras juntas estaban sentadas en una hamaca en la casa de aquella, so pretexto de saber si era virgen; suceso que habría sido el hito inicial de la serie de abusos sexuales perpetrados en contra de la niña a instancias de la inculpada, pues ese mismo día fue cuando un hombre de tez morena la accedió carnalmente por vía vaginal y le dio \$20.000 de los cuales **CEPC** tomó para sí la mitad, \$10.000.

Cotejada la narración de los hechos con relevancia jurídico penal que hizo el delegado del ente persecutor en la diligencia de imputación⁶, se advierte que mencionó expresamente ese acontecimiento, mismo que, se reitera, fue reproducido por la Fiscalía en la narrativa fáctica del escrito acusatorio⁷ y en la sustentación verbal de este en la audiencia correspondiente⁸, modificando la calificación jurídica del reato para quedar circunscrito al **acceso carnal abusivo**.

Y se suprimieron las circunstancias agravantes imputadas en un comienzo, sin que la Fiscalía explicara la

⁶ Ídem.

⁷ Presentado el 20 de junio de 2013 por la Fiscalía Décima Seccional de Corozal (Sucre), Cuaderno No. 1 de primera instancia fl. 1 a 6.

⁸ Audiencia del 1° de agosto de 2013, segunda sesión, récord 00:20:54 y ss.

motivación para proceder de esa manera, ni la defensa de la inculpada, las demás partes e intervinientes, tampoco la judicatura, hicieran observación alguna o se pronunciaran al respecto.

Al margen de la claridad que requería el asunto, encuentra la Sala posible la variación de la calificación jurídica provisoria en el modelo procedimental de la Ley 906 de 2004, atendido el principio de progresividad que gobierna el trámite pues a medida que se desarrollan las actividades investigativas y la recolección de elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida, es posible ajustarla para mayor fidelidad con la facticidad, siempre y cuando esto no altere el supuesto fáctico de la persecución penal, precisamente.

Es por eso por lo que, dada la eventualidad, la Fiscalía puede variar el componente jurídico de la imputación en la acusación y su sustentación, introduciendo las variaciones necesarias a fin de que refleje con la mayor exactitud posible la correcta adecuación típica de los hechos; desde ese momento la acusación se erige en límite de la sentencia en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, como prevé el artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

Con ese entendimiento, la jurisprudencia de la Sala ha reiterado que la imputación en sus variantes personal y fáctica es absoluta y condiciona la acusación; entre estos dos actos debe existir adecuada relación de correspondencia,

resultando viable modificar el ámbito jurídico que, desde ese momento condicionará a su vez, la sentencia, sin perjuicio de que el juez condene por una conducta punible diferente siempre que:

i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad -en CSJ SP17352-2016, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal-;

ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y

iii) no se afecten los derechos de las partes e intervinientes⁹.

Bajo esos referentes, ha constatado la Corte, se desarrolló el juicio oral, es decir, en consonancia con la incriminación fáctica informada a **CEPC** en las audiencias de imputación y acusación, llegándose al proferimiento de los fallos de primera y segunda instancia en armonía con ello; y preservando las garantías al debido proceso y la defensa de la procesada, cuyo apoderado tuvo la oportunidad de ejercer sin limitación alguna la confrontación y contradicción de los hechos, los cargos jurídicos y las pruebas practicadas en el decurso procesal.

⁹ Ver por ejemplo y entre muchas más providencias de la Sala, CSJ SP103-2020, 22 ene. 2020, rad. 55595.

4.2. Sin perjuicio de lo visto, la Sala considera necesario llamar la atención la irregular e inexplicable situación que se presentó con la conducta punible de **acceso carnal violento agravado** de que también fue víctima la menor MISR, pues, como se ha explicado, a pesar de haber sido imputada a la procesada **CEPC** y aparecer descrita fáctica y jurídicamente en el escrito de acusación, no fue ratificada en la diligencia respectiva, menos aún objeto de debate en la etapa de juzgamiento.

Aunque resulta inexcusable que ni la delegada fiscal ni la judicatura en las instancias regulares del procedimiento se percataran de ello y adoptaran alguna acción o medida correctiva al respecto, proveer a hacerlo en este momento procesal deviene inane por estar *ad portas* la prescripción de la acción penal, sumada la prohibición de la reforma en perjuicio de la única parte impugnante en sede de casación, reiterándose, por tanto, la preservación de los derechos al debido proceso y la defensa de **CEPC**.

4.3. El artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de 2004, prevé que para proferir sentencia de condena se requiere arribar a un conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, con sustento en las pruebas debatidas en el juicio bajo el rigor del debido proceso probatorio.

En punto de la demostración de la ocurrencia de las enunciadas conductas ilícitas por las que fue acusada **CEPC**, de conformidad con los registros de la actividad procesal se tiene que, a petición de la Fiscalía, se practicaron en el juicio oral los medios de prueba que a continuación se pasa a reseñar con la finalidad de esclarecer la ocurrencia de la materialidad delictiva y la responsabilidad de la procesada.

4.3.1. Jorge Isaac Briceño Payares¹⁰, servidor de la Policía Nacional adscrito al área de infancia y adolescencia con sede en Corozal (Sucre), con 22 años de antigüedad en la labor, atestiguó, en lo pertinente, que el 13 de enero de 2013 recibió el requerimiento para atender un caso que involucraba a una menor de edad.

Así fue como recibió la denuncia del padre de la menor de edad MISR por hechos relacionados con abuso sexual cometidos contra ella y al día siguiente, 14 de enero, con el correspondiente acompañamiento del Defensor de Familia y la psicóloga del ICBF, tomó entrevista a la niña según quedó consignado en el formato de policía judicial FPJ14 que reconoció y leyó en su integridad, documento que fue incorporado al proceso¹¹.

Agregó que días después, el 20 de marzo de la misma anualidad, siguiendo órdenes de la Fiscalía investigadora, recibió una segunda entrevista a la infante, igualmente con

¹⁰ Audiencia del 02 de junio de 2015, primera sesión, récord 00:46:10 y ss.

¹¹ Cuaderno No.2 de primera instancia, fl. 255 a 257.

presencia del Defensor de Familia y la psicóloga del ICBF, recopilada en idéntico formato que la anterior, que reconoció y leyó para la vista pública, también incorporado a la actuación¹².

Adelantó tareas tendientes a la protección y restablecimiento de los derechos de la menor MISR, buscando verificar la información que ella dio; en ese sentido, obtuvo copias de las cédulas de ciudadanía de las personas que mencionó la niña en las entrevistas estaban involucradas en hechos de abuso sexual en su perjuicio, documentos que leyó y fueron allegados al expediente, a saber, de **CEPC** y **JMH**¹³.

Del mismo modo dijo haber obtenido copias de la tarjeta de identidad¹⁴ y el registro civil de nacimiento de MISR¹⁵, las que también leyó y fueron aportadas a través suyo al proceso.

4.3.2. MCRO¹⁶, mamá de MISR, a quien desde un comienzo de su testimonio se notó nerviosa y confundida, manifestó su deseo de retractarse, sin más decir, lo cual motivó que la Fiscalía hiciera uso de la entrevista que rindió ante investigador de policía judicial el 20 de marzo de 2013, la cual, a pesar de sus limitaciones por ser analfabeta,

¹² Ídem, fl. 258 a 261.

¹³ Ídem, fl. 251 y 252.

¹⁴ Ídem, fl. 253.

¹⁵ Ídem, fl. 254, nacida el 13 de febrero de 1999.

¹⁶ Audiencia del 02 de junio de 2015, tercera sesión, récord 00:04:24.

reconoció haber rendido luego de que fuera leída de viva voz por el custodio policial de la audiencia.

En cuanto atañe a la procesada **CEPC**, manifestó que la conoce por ser su cuñada, vivió en su casa, es la madrina de su hija MISR y sabía de las relaciones sexuales que la menor sostenía; específicamente dijo que

*[...] cuando mi hija me contó todo lo que estaba pasando tanto con **JMH** como con la madrina **CEPC**, yo antes iba donde mi comadre **CEPC**, pero después de que me enteré de todo lo que le había hecho a mi hija dejé de ir a donde ella... En un tiempo vivió en mi casa, como dos años, ella se llevaba a la niña para su casa, cuando estaba en mi casa ya que yo salía a trabajar y quedaba con el papá **RSP**, todos los días cuando venía del colegio... Cuando yo venía del trabajo mi comadre **CEPC** me decía a mí que la niña llevaba plata al colegio y yo le preguntaba que quién le había dado plata y la comadre **CEPC** me decía que mi hija tenía relaciones sexuales con hombres y le daban dinero, yo le dije que iba a denunciar esto que estaba pasando y **CEPC** me decía que para qué iba a denunciar, porque va mi hija hacía rato venía teniendo relaciones sexuales con hombres...*

4.3.3. RSP¹⁷, padre de MISR, narró que, si bien presentó denuncia lo hizo por la situación que se presentó con su hija que una noche salió de la casa y regresó a la mañana siguiente después de pasar la noche con Jeison N.; denunció los hechos que le comentó su hija, sin precisar detalles, pero, enfatizó, tiempo después la menor le dijo que todo era mentira.

¹⁷ Ídem, récord 01:07:20 y ss.

Para refrescar memoria del exponente la Fiscalía utilizó la noticia criminal fechada 13 de enero de 2013 que, en igual forma que la testigo anterior, **RSP** reconoció a pesar de ser analfabeta tras la lectura del documento hecha ante la audiencia por el custodio de la policía.

Entonces, ratificó que cuando su hija regresó a casa se dirigió con su hija MISR a denunciar la situación que se había presentado con **JMH**, enterándose de su parte que sostenía una relación sentimental con él y que había tenido relaciones sexuales tanto con él, la noche anterior, como con otros hombres que **CEPC** le conseguía; que esta la “ponía a que tuviera” esa clase de relaciones con hombres adultos y a cambio recibía dinero que se repartían entre ellas.

Así mismo, que la primera vez, la madrina **CEPC** le pidió a la niña que se bajara la pantaletas para ver si era “señorita” y cuando lo hizo le metió el dedo en la vagina y le dijo que no era “señorita”, que le iba a presentar a un tipo para ver si era “señorita”; **CEPC** le presentó a un señor moreno, de baja estatura y le dijo que le iba a dar plata si tenía relaciones con él; **CEPC** le hizo señas que sí y la agarró por las manos, no la quería soltar y la acostó en la cama y el señor que le había presentado se subió encima de su hija y le metió el pene; mientras el señor tenía relaciones con la menor, **CEPC** estaba viendo todo; desde entonces **CEPC** le viene proponiendo hombres a cambio de dinero y le quita la mitad de lo que le dan, todo lo cual empezó desde enero de 2012.

4.3.4. Shadia del Socorro Hernández Sampayo¹⁸, Psicóloga con nueve años al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, explicó que realizó valoración a la menor MISR, contenida en documento que a pesar de no estar suscrito por ella reconoce haber elaborado¹⁹.

Da cuenta de los aspectos objeto del examen que practicó, entre los cuales se destaca que la niña fue colaboradora; presenta conducta motora normal en movimientos expresivos y movimientos voluntarios, aunque estos últimos se ven alterados en la esfera de movimientos reactivos pues se encuentran disminuidos; su nivel de conciencia y atención es normal, no se encuentra ubicada en tiempo, pero reconoce la esfera espacio y persona; no presenta alucinaciones o alteraciones de la percepción; nivel de inteligencia normal; lenguaje verbal fluido acorde con la edad, espontáneo; lenguaje no verbal adecuado a pesar de que en algunas ocasiones no mantiene contacto visual y presenta signos de barrera y manifestaciones corporales de nerviosismo; expresión adecuada de sentimientos y emociones.

Conceptúa que, por los hallazgos descritos, la menor tiene estado mental alterado que requiere valoración por psiquiatría para explorar a fondo posibles patologías asociadas a los comportamientos descritos, es decir, para establecer si padece alguna afección de la esfera mental.

¹⁸ Audiencia del 14 de julio de 2015, primera sesión, récord 00:08:28 y ss.

¹⁹ Cuaderno No. 2 de primera instancia, fl. 291 y 292.

Finalmente, la profesional destacó que la niña no fue interrogada sobre los hechos materia de investigación y juzgamiento.

4.3.5. Saul Gregorio Tirado Mercado²⁰, Médico especialista en medicina forense vinculado al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses desde 2008, declaró sobre los exámenes médico legal sexológico y complementario que practicó a MISR el 13 de enero de 2013, cuyo contenido reconoció, leyó, ratificó y explicó, siendo introducidos por su conducto los informes que suscribió²¹.

Recibido el relato que la examinada hizo, procedió a practicar el examen médico legal encontrándole lesiones verrugosas en la región perianal compatibles con condilomatosis, enfermedad de transmisión sexual, explicó el galeno; del examen al área genital reportó himen anular con desgarró de más de diez (10) días.

Así mismo, tomó muestra de frotis vaginal para estudio de laboratorio de biología forense sobre presencia de semen o espermatozoides que, una vez practicado y recibido el resultado consignó en informe complementario en el cual reportó que en dicha muestra se detectó semen.

²⁰ Audiencia del 14 de julio de 2015, tercera sesión, récord 00:00:10 y ss.

²¹ Cuaderno No. 2 de primera instancia, fl. 293 a 298.

4.3.6. Angélica María Chica Badel²², Bacterióloga adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses desde 2012 en el cargo de Profesional Universitario Forense, informó que estuvo a cargo de la realización del dictamen de laboratorio de biología forense, cuyo procedimiento describió, mediante el que se obtuvo el resultado del estudio de la muestra de frotis vaginal como perteneciente a MISR, en la cual se detectó la presencia de semen²³.

4.3.7. La menor MISR compareció como testigo de cargo de la Fiscalía, pero también como testigo de la defensa de los procesados **CEPC** y **JMH**, es decir, fue decretado testigo común por el juzgado de conocimiento al resolver las peticiones probatorias de las partes en la audiencia preparatoria²⁴; por tanto, se procederá a condensar sus atestaciones en el orden cronológico que fueron recibidas.

4.3.7.1. La primera se produjo para absolver el interrogatorio de la Fiscalía en audiencia de juicio oral, adelantada a puerta cerrada ante el juez de conocimiento y con el acompañamiento del defensor de familia asignado al caso, nadie más²⁵.

No obstante, por problemas con la grabación de audio del acto procesal, en la misma fecha se repitió la declaración

²² Audiencia del 11 de agosto de 2015, récord 00:04:30 y ss.

²³ Cuaderno No. de primera instancia, fl. 317 y 318.

²⁴ Audiencia del 21 de octubre de 2013.

²⁵ Audiencia del 14 de julio de 2015, cuarta sesión, récord 00:02:29 y ss.

de la menor, permitiendo en ese momento la presencia adicional de la delegada fiscal y los defensores de los procesados²⁶.

En ese escenario el defensor de familia transmitió a la menor las preguntas incluidas en el cuestionario elaborado por la Fiscalía, de manera puntual acerca de los hechos que dieron lugar a que presentara una denuncia en compañía de su papá **RSP**, interrogante que respondió afirmativamente, aclarando no recordar detalles al respecto ante los sucesivos interrogantes que se le formularon.

Se le preguntó, entonces, si había rendido entrevista a policía judicial y dudó en decir si lo había hecho o no; por eso, se le puso de presente la entrevista del 14 de marzo de 2013, que reconoció firmada por ella y a la cual se le dio lectura integral por parte del juez, valga destacar.

Indagada por lo que manifestó en esa época, negó lo allí consignado y, en cuanto interesa al presente, dijo no ser cierto que había sostenido relaciones sexuales con otros hombres antes de hacerlo con **JMH**, negando igualmente que su madrina **CEPC** le hubiese introducido un dedo en la vagina y la contactara con hombres para sostener relaciones sexuales con ellos a cambio de dinero.

²⁶ Ídem, quinta sesión, récord 00:01:00 ss.

No obstante, terminó por reconocer que sí tuvo relaciones con otros hombres a los trece (13) años, distintos a **JMH**, cuyos nombres no recuerda, como tampoco las fechas o los lugares donde eso ocurrió.

Y añadió que cuanto dijo en la entrevista es mentira, que todo lo inventó por rabia hacia Karina N., la hija de su madrina con quien no se llevaba bien.

El texto de la entrevista, en lo que tiene relación con el objeto de este pronunciamiento, para un adecuado proveer, se transcribe a continuación textualmente:

[...] *ESA NO ERA LA PRIMERA VEZ QUE YO TENIA RELACIONES SEXUALES CON EL, ANTES YA YO HABIA TENIDO RELACIONES CON EL Y CON OTROS MAS POR QUE MI MADRIANA QUE SE LLAMA **CEPC**, ME OBLIGO, UN DÍA, EL AÑO PASADO QUE NO ME ACUERDO, ME DIJO QUE ME QUITARA LA PANTALETA Y ME SUBIERA LA FALDA QUE ESO NO ME IBA A DOLER, QUE ABRIERA LAS PIERNAS Y ME METIO EL DEDO DEL MEDIO DE LA MANO EN LA VULVA, ENTONCES DESPUES DE HAY VINO UN MUCHACHO QUE YO CONOZCO Y ELLA VINO Y ME AGARRO LA CINTURA Y LAS MANOS Y EL MUCHACHO SE ENCUERO Y YO ESTABA ACOSTADA EN LA CAMA CON ELLA Y ELLA ME AGARRO Y EL MUCHACHO SE ME MONTO ARRIBA Y YO ESTABA SACANDO EL CUERPO, PERO ELLA ME AGARRO Y EL ME METIO EL PENE EN LA VULVA, SE MOVIO VARIAS VECES Y YO ME PUSE A LLORAR Y EL SE PARO Y YO ME PUSE LA PANTALETA, EL ME DIO \$20.000 PERO MI MADRINA, **CEPC**, ME DIJO QUE TENIA QUE DARLE \$10.000 A ELLA Y QUE LOS OTROS \$10.000 ME LOS TENIA QUE GASTAR CON ELLA. OTRO DIA **CEPC** MI MADRINA ME DIJO QUE ME IBA A PRESENTAR UN AMIGO, PERO YO NO SE EL NOMBRE, Y ESTAMOS EN LA CASA DE ELLA, ELLA ENTRO CONMIGO AL CUARTO, Y ME DIJO HAZLO POR LA PLATA, ENTONCES ME DIJO QUITATE LA PANTALETA, QUITATELA, ENTONCES YO VINE Y ME LA BAJE Y EL SEÑOR SE QUITO LA ROPA SE ME MONTO ARRIBA Y COMENZO A MOVERSE CON EL*

PENE DENTRO DE MI VULVA, ESE SEÑOR ME DIO \$10.000, PERO MI MADRINA SOLAMENTE ME DIO \$5.000; ELLA ME HA PUESTO A HACER ESO CON VARIOS HOMBRES, Y TODOS SIEMPRE HACEN LO MISMO. EL SEÑOR QUE LE DIJO ERA MORENO BAJITO, DE PELO NEGRO. MI MADRINA SIEMPRE ME DECIA QUE NO DIJERA NADA. YO LE CONTE ESTO A MI PAPA, SOLAMENTE, POR QUE EL ME PREGUNTO Y YO LE DIJE, QUE MI MADRINA ME PONIA A TENER RELACIONES SEXUALES CON HOMBRES Y ME QUITABA LA MITAD DEL DINERO QUE ME DABAN. (sic)

4.3.7.2. La segunda ocasión en que MISR acudió a testificar lo hizo en razón del decreto probatorio de descargo, en primer orden para responder el cuestionario preparado por la defensa de **JMH** Hernández²⁷, circunscribiéndose el interrogatorio formulado, por conducto del defensor de familia, a los hechos de abuso sexual atribuidos en la acusación al prenombrado.

En la misma fecha, dadas las circunstancias en que se desarrollaba la audiencia, el defensor de familia indicó que la menor no deseaba continuar con el interrogatorio, razón por la cual el apoderado de **CEPC** renunció a la prueba decretada considerando que lo respondido por MISR a su colega de bancada era suficiente.

Cabe anotar que en el recinto judicial estaban presentes, además del juez y su asistente, el defensor de familia, la fiscal acusadora, los dos defensores de los procesados y la testificante.

²⁷ Audiencia del 11 de agosto de 2015, récord 00:00:30 y ss.

4.3.7.3. A pesar de lo anterior, de manera inusitada e inexplicable, sin que el juez cognoscente asumiera un efectivo y proactivo control de la causa en su papel de director del proceso, ni que las partes procedieran con lealtad y respeto a los derechos de la menor, MISR acudió por tercera vez a rendir el testimonio que se había decretado para la defensa de cada uno de los procesados²⁸.

En esa ocasión la joven, de 17 años para la fecha, nuevamente fue indagada por el defensor de familia para responder, en primer lugar, las preguntas de la defensa de **JMH** en temas atinentes a la relación sentimental que juntos sostenían; adicionalmente, aceptó que tuvo relaciones sexuales con otros hombres antes de él, sin que recuerde sus nombres.

En segundo orden, respondió los interrogantes del mandatario de **CEPC** acerca cómo y por qué conocía a la procesada, respondiendo que era la compañera de un hermano de su mamá; agregó que es su madrina e incluso vivió en su casa familiar.

De otra parte, aseveró que es falso lo que dijo acerca de **CEPC**; no le tiene rabia a ella sino a una hija suya con la que nunca se ha llevado bien; y las preguntas de la entrevista a las cuales ella respondió, le fueron hechas por Briceño,

²⁸ Audiencia del 24 de febrero de 2016, récord 00:20:30 y ss.

refiriéndose al investigador de policía judicial que conoció del caso.

Contrainterrogada por la Fiscalía sobre la entrevista que dio el 14 de enero de 2013, MISR adujo que **CEPC** no la obligaba a estar con hombres; que lo que dijo de ella fue por la pelea con su hija Karina N., sin que pudiera explicar por qué lo hizo de esa manera y no inventó algo en contra de la joven con quien no tenía buena relación.

4.4. Como testigo de la defensa del coprocesado **JMH** declaró José Barreto Rojas²⁹, Médico Pediatra que se refirió a la atención especializada suministrada en la Unidad de Cuidados Intensivos e Intermedios Neonatales y Pediátricos con sede en Corozal (Sucre), al hijo de la menor de edad MISR nacido el 19 de octubre de 2013.

Explicó que el niño fue remitido del Hospital de Corozal debido a que se trataba de un paciente nacido pretérmino con edad gestacional de 36 semanas, que presentó síndrome de dificultad respiratoria de recién nacido grado I y taquipnea transitoria del recién nacido, los cuales pudieron ser resueltas satisfactoriamente, al igual que se superó la sospecha de sepsis neonatal temprana; eso permitió darle salida el día 22 de los mismos mes y año, para continuar el tratamiento en segundo nivel de atención.

²⁹ Audiencia del 17 de julio de 2016, tercera sesión, récord 00:03:20 y ss.

Con el testigo se incorporó el historial médico de la atención que recibió el hijo de MISR³⁰.

4.5. El escrutinio de los reseñados medios de prueba practicados en el juicio oral con apego a los principios de inmediación, concentración y contradicción, conduce a la Corte a concluir el acierto y la legalidad del fallo de segunda instancia, visto que obran elementos cognoscitivos idóneos legalmente obtenidos que permiten concluir, más allá de toda duda, la ocurrencia de los hechos por los que fue acusada **CEPC**, cuya adecuación típica se corresponde con los descriptores de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y proxenetismo con menor de edad.

A partir de los medios de convicción practicados se colige que desde el año 2012 y al menos hasta el mes de enero de 2013, la procesada **CEPC**, en una ocasión accedió por vía vaginal a la menor de edad MISR; igualmente, organizó, facilitó y participó del comercio carnal con ella, del cual se lucró económicamente, pues en varias sucesivas oportunidades consiguió que hombres adultos sostuvieran relaciones sexuales con la niña a cambio de distintas cantidades de dinero de las que siempre tomaba la mitad.

Así deviene de lo expuesto por MISR en su testimonio y en la entrevista que rindió al investigador de policía judicial el 13 de enero de 2013, en los comienzos del proceso de

³⁰ Cuaderno No. 2 de primera instancia, fl. 396 a 400.

indagación, primordialmente, con los que se establece cierta la ocurrencia del acceso sexual cuando, en una fecha indeterminada del año 2012, estando la niña en casa de **CEPC** sentada a su lado en una hamaca, la madrina le hizo quitar la pantaleta y subirse la falda que vestía, le pidió que abriera las piernas y procedió a introducirle un dedo en la vagina.

Por ende, se configura el tipo del artículo 208 del Código Penal, en cuanto la acción se ejecutó en quien para esa época era menor de catorce años, probado como está que MISR nació el 13 de febrero de 1999, y con un innegable propósito lascivo.

No cabe colegir distinta finalidad en la conducta asumida por **CEPC**, pues fue a continuación de tal suceso cuando se produjo el primer evento de comercio carnal sobre la niña, habida cuenta que tras la referida penetración y por iniciativa de la madrina de la menor, en una habitación de su residencia, MISR fue postrada en una cama y allí fue accedida, también por vía vaginal, por un individuo que se encontraba en el lugar, autorizado, obviamente, por **CEPC**.

El sujeto, explicó la niña, se “*encueró*” (desnudó) ante ella y la penetró con el pene, al tiempo que su madrina la sostenía impidiendo que rehusara la perpetración del acto, tanto así que permaneció observando lo que ocurría; en adición, se tiene que la menor describió cómo el hombre se

“*montó*” sobre ella, se “*movió varias veces*” y luego se paró entregándole \$20.000, de los cuales **CEPC** le pidió \$10.000.

Otro suceso similar se produjo un día que **CEPC** comentó a MISR que le iba a presentar un amigo, cuyo nombre no supo la menor, también estando en la casa de aquella, donde entraron a una habitación y la madrina le dijo “*hazlo por plata*”; le pidió que se quitara la pantaleta, lo que en efecto hizo la niña, el sujeto se quitó su ropa, “*se me montó arriba y comenzó a moverse con el pene dentro de mí*”; finalmente, le dio \$10.000 de los cuales **CEPC** se quedó con \$5.000.

Acontecimientos de características parecidas, narra MISR, se presentaron con otros hombres enfatizando que “*todos siempre hacen lo mismo*”, y que su madrina **CEPC** la “*ponía a tener relaciones sexuales con hombres*” y “*me quitaba la mitad del dinero que me daban*”.

No cabe duda, por consiguiente, de que la ejecución repetitiva de conductas de acceso carnal sobre la niña MISR, fue ejecutada, en una primera vez por **CEPC**; y con posterioridad, según lo manifestado por la víctima, cada vez que la ponía en contacto con distintos hombres, organizando los encuentros para ese fin en su propia casa de habitación, es decir, propiciando que fuera abusada sexualmente; después de sostener las relaciones coitales, los sujetos le daban dinero en cantidades de las cuales **CEPC** siempre

obtenía beneficio, pues solía quedarse con la mitad de lo que aquellos le entregaban a la menor.

La entrevista rendida por MISR el 13 de enero de 2014, precisa la Sala, es digna de credibilidad por la mención que hace de eventos específicos, detallando aspectos como el espacio físico, el género de los abusadores y la forma en que estos ejecutaban acciones lesivas de su indemnidad sexual, todo lo cual percibió de manera directa porque era sobre su corporeidad que se producían las conductas de abuso.

MISR declaró en forma clara, sencilla pero expresa al señalar a **CEPC**, su madrina, nadie distinto, como la persona que por primera vez la accedió carnalmente; y quien sucesiva y repetidamente dispuso su morada como sitio de encuentro con hombres que se encargaba de contactar, para que tuvieran sexo con la menor; revelando, como acto posterior a la consumación de la cópula sexual, la entrega de dinero en efectivo por parte de los abusadores, del que su madrina se apropiaba parcialmente.

La narrativa de esa variedad de pormenores conduce a tener creíble la declaración de MISR porque de no haberlos percibido en forma directa, difícilmente podría haber recordado, evocado y descrito detalles tan precisos como los que explicó.

Tiene pleno mérito probatorio, adicionalmente, porque su uso como instrumento de convicción surge legítimo al

cumplirse los presupuestos que la jurisprudencia de la Corte ha explicado en múltiples providencias acerca de la utilización de declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral, entre las cuales la citada en el fallo impugnado -SP606-2017, 25 ene 2017, rad. 44950-; criterio uniforme y decantado que, por demás, estaba vigente para la época de proferimiento de los fallos de instancia.

A la luz del desarrollo jurisprudencial del derecho a la confrontación, de la prueba de referencia y, en general, de los usos de declaraciones anteriores al juicio oral, relacionados en otros apartados de este fallo, el anterior precedente debe precisarse en los siguientes sentidos:

La retractación de los testigos en el juicio oral es un fenómeno frecuente en la práctica judicial colombiana, como también parece serlo en otras latitudes, al punto que diversos ordenamientos jurídicos han regulado expresamente la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio.

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “no puede tomarse como una prueba

por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes”. *Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de contrainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.*

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que “la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr eficacia en el ejercicio de la justicia”, bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.

Con esa perspectiva orientada, por supuesto, a la consecución de una eficaz impartición de justicia, y con plena garantía de los derechos a un debido proceso de todas las partes e intervinientes en el proceso penal, en especial de quien es vinculado en calidad de sujeto pasivo de la persecución penal, se precisó en la anotada decisión que la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral

[...] **está supeditada** a que el testigo se haya **retractado o cambiado la versión**, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.

Es **requisito indispensable** que el testigo esté **disponible** en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.

En tal sentido, la disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el conainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

Mirado desde la perspectiva de la parte que solicita la práctica de la prueba, no es aceptable decir que el testigo está disponible cuando se niega rotundamente a contestar el interrogatorio directo, así el juez le advierta sobre las consecuencias jurídicas de su proceder, porque ante esa situación no es posible la práctica de la prueba. (énfasis original).

Aunado a lo dicho, se ha considerado que la declaración anterior de un testigo debe ser incorporada a través de la lectura en el juicio oral con la finalidad de que pueda ser valorada por el juez y contrastada con la vertida en ese escenario, sumada la incorporación de la declaración previa por solicitud de la parte interesada, en el entendido que, en el marco del proceso de tendencia acusatoria reglado por la

Ley 906 de 2004, el juez carece de atribuciones probatorias oficiosas.

Se trata, entonces, de dar aplicación a la noción de “*testimonio adjunto*” desarrollada por la jurisprudencia para afrontar situaciones recurrentes observadas en la práctica judicial, en las que los testigos que comparecen al juicio se retractan, desdicen o modifican la sustancialidad de lo que han dicho en entrevistas y/o declaraciones anteriores, permitiéndose la incorporación de manifestaciones previas en observancia de los principios de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 906 de 2004, diríase, garantizando a la parte contraria la confrontación y contradicción de la prueba.

Trasladadas las premisas precedentes al caso concreto se tiene:

i) La menor MISR estuvo disponible para declarar en el juicio, físicamente y funcionalmente, dígase, estuvo en capacidad de atestiguar, conforme quedó registrado en las grabaciones de audio/video de las diligencias judiciales en las que participó.

Aparte de responder interrogantes relacionados, inicialmente, con la relación sostenida con **JMH**, pasó a negar las relaciones sexuales con otros hombres antes de él; negó que **CEPC** la penetrara en la vagina con un dedo o le motivara a tener relaciones sexuales con hombres a cambio de dinero.

Empero, reconoció que sí tuvo relaciones sexuales con otros hombres cuando tenía trece (13) años, sin dar nombres, fechas o sitios donde eso ocurrió; y agregó que todo lo dicho en la entrevista sobre su madrina es mentira pues lo hizo por la rabia que le tenía a una hija de ella.

Contrastadas las dos versiones dadas por MISR, la Sala considera, en coincidencia con el *ad quem*, que la primera conocida es digna de credibilidad, no la segunda, en cuanto describe y detalla los episodios que vivió de forma espontánea, pues ella misma manifestó que en aquella oportunidad se limitó a responder las preguntas que le hizo Briceño, esto es, el servidor de policía de infancia y adolescencia que tuvo conocimiento de la noticia criminal y se encargó de la verificación de los hechos denunciados en función del restablecimiento de los derechos de la víctima.

Adicionalmente, se cuenta con medios de prueba que corroboran y respaldan esa versión inicial, como son los testimonios de **MCRO** y **RSP**. progenitores de MISR, quienes, a pesar de no haber percibido en forma directa los agravios narrados por ella, fueron contestes en testificar la revelación que su hija hizo de lo que le venía ocurriendo con **CEPC**, sin que agregaran o suprimieran detalles de lo que se enteraron por boca de su descendiente.

Aportan, también, datos importantes relacionados con la cercanía de su familia con la procesada **CEPC**, por ser

cuñada de **MCRO**, madrina de la menor ofendida y haber vivido en la misma residencia con ellos; situaciones que reflejan la confianza que le tenían todos, de la cual, sin duda alguna, sacó ventaja para que la niña se plegara y sometiera a sus planes criminosos.

Adicionalmente, el dictamen médico legal sexológico practicado a MISR enseña que se encontraron lesiones verrugosas en región perianal compatibles con la enfermedad de transmisión sexual conocida como condilomatosis, signo indicador compatible con la reiterada cópula sexual que la niña dijo haber sostenido por iniciativa de **CEPC** con distintos sujetos, desprovista de protección, pues en su relato nada dijo acerca de haber tenido alguna precaución para ello, por ejemplo, usar preservativos.

ii) La menor MISR se retractó en la vista pública de juzgamiento de las manifestaciones previas, dando una versión sustancialmente diferente a la contenida en la entrevista al afirmar que nada de lo que contó en relación con **CEPC** era cierto.

En ese sentido, negó que su madrina le hubiese penetrado en la vagina con un dedo, haber tenido relaciones sexuales con otros hombres antes de **JMH** y que **CEPC** la reuniera en su casa con hombres para sostener relaciones sexuales con ellos a cambio de dinero.

Sin embargo, aceptó que sí tuvo tales relaciones para la época antecedente al episodio que dio lugar a la denuncia, esto es, antes de 13 de enero de 2013, a pesar de lo cual dijo que no recordaba sus nombres, las fechas ni los lugares en que las sostuvo, evidenciándose de esa manera la inconsistencia de la nueva versión y el interés de favorecer a la procesada **CEPC**, en la misma forma que lo pretendía con su pareja sentimental **JMH**.

La nueva versión dada por MISR en el juicio, oportuno acotar, tampoco es creíble porque ella pretendió justificar las mentiras que habría dicho en perjuicio de **CEPC**, por la “rabia” que tenía hacia Karina N., hija de su madrina; resulta contradictorio e inverosímil que inventara tan detallada historia mendaz en contra de **CEPC**, a cambio de dirigir su enojo directamente contra la fuente de este. En palabras del juzgador colegiado: *“para qué involucrar a su madrina en semejante lio y no inventar algo sobre su hija que era la directa causante de su molestia”*.

Este cuestionamiento le fue formulado por la Fiscalía directamente a la menor MISR en el interrogatorio cruzado, sin que la niña pudiera dar explicación atendible de por qué dirigió su “rabia” hacia la procesada **CEPC**, no contra Karina N., evidenciándose con ello que el testimonio en juicio de la víctima fue ajeno a la verdad, a lo realmente ocurrido, con el simple propósito de favorecer la situación jurídica de la inculpada.

iii) La declaración anterior de MISR fue incorporada a través de su lectura integral en el debate oral por petición de la Fiscalía, de forma tal que fue conocida por el juez de la causa, en el marco del principio de inmediación, a la par que la defensa de **CEPC** pudo ejercer de manera efectiva la confrontación de la testigo y la contradicción del elemento de convicción en ese escenario.

De la revisión de los anales procesales, se añade, encuentra la Sala que la entrevista rendida por MISR el 14 de enero de 2013, no solo fue anunciada en el escrito de acusación, sino que también fue descubierta en oportunidad por el órgano persecutor, para luego ser solicitada y decretada como prueba de cargo en la vista preparatoria, llegándose a su efectiva incorporación por conducto del funcionario de policía que la recibió, Jorge Isaac Briceño Payares³¹. (Ver **4.1.1. ut supra**).

Así las cosas, los juzgadores, en primera y segunda instancia, tuvieron a disposición las dos versiones rendidas por MISR y pudieron valorarlas individual y conjuntamente, labor cumplida a cabalidad por el *ad quem* que le asignó credibilidad en los puntuales términos que se planteó en el fallo impugnado.

Lo anterior no obsta para que la Sala llame la atención y precise que solamente ha detenido atención y juicioso

³¹ Audiencia del 02 de junio de 2015, primera sesión, récord 00:46:10 y ss.

examen sobre la entrevista que rindió MISR el 14 de enero de 2013, mas no acerca de la que ella vertió el 20 de marzo de 2013, pues a pesar de haberse decretado y practicado como prueba en el juicio oral e incorporada al legajo, igualmente a través del servidor que la recibió, Jorge Isaac Briceño Payares; la misma no surtió el procedimiento que la reseñada jurisprudencia de la Corte ha concebido en torno a la figura del “*testimonio adjunto*”.

Esto es, porque no fue usada en el juicio oral por la Fiscalía ni ninguna otra parte procesal o interviniente, ni le fue expuesta a la menor MISR al momento de testificar, menos se le dio lectura en su presencia para que a lo dicho en esa segunda ocasión se refiriera.

Por consiguiente y a propósito, la Sala ha hecho omisión consciente y deliberada en este pronunciamiento de su contenido.

5. De la responsabilidad de la procesada

5.1. Suma de todo lo precedentemente expuesto es que las pruebas practicadas en el curso del proceso con sujeción a los principios y reglas del debido proceso probatorio, dotan de un conocimiento más allá de toda duda, suficiente al efecto de concluir la existencia de las conductas punible acusadas.

Del mismo modo, tienen mérito persuasivo positivo para deducir la responsabilidad de **CEPC** en la ejecución delictiva múltiple, por el señalamiento expreso, directo e inequívoco que la víctima MISR, menor de 14 años de edad por entonces, hizo en contra suya como la persona que en una ocasión la accedió con un dedo por vía vaginal. Igualmente, fue quien organizó, facilitó y participó del comercio carnal que le representó lucro económico, por cuanto en repetidas ocasiones consiguió hombres adultos para que sostuvieran, en su casa de habitación, relaciones sexuales con la menor a cambio de dinero que dichos sujetos le daban, del que siempre se quedaba con la mitad.

5.2. En tal virtud, devienen carentes de prosperidad las censuras que la defensa presenta contra la sentencia de condena emitida por el Tribunal Superior de Sucre; además, por las siguientes específicas razones.

5.2.1. No se vulnera la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 82-8 del Código Penal, al no tomarse en consideración la retractación de la víctima, porque acorde con lo explicado en extensión la versión que en juicio dio MISR no es creíble.

En adición, el libelista malinterpreta y desconoce la procedencia de la figura consagrada en la norma en comento, que no se corresponde con la modificación de la versión de un testigo, como en este caso se ha presentado; sino a la conducta post delictual que asume el autor de una infracción

a la ley penal que abre espacio a la extinción de la acción o la sanción penal a su favor.

Tal y como señala en su intervención la Fiscalía Delegada ante la Corte, en el artículo 225 de la Ley 599 de 2000 se prevé que no habrá lugar a la responsabilidad del autor o partícipe de las conductas previstas en el Título V de esa codificación, “*Delitos contra la integridad moral*”, cuando se produzca la “*retractación*” voluntaria de la manifestación injuriosa o calumniosa por el mismo medio y con las mismas características que se difundió la imputación, o a través del que señale el funcionario judicial competente.

Surge palmario que la invocación de la figura que echa de menos el demandante en casación resulta en este caso del todo improcedente; por lo mismo, infundado el cargo contra la sentencia de segunda instancia.

Respecto del segundo ataque derivado de la falta de aplicación del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, en lo relativo al conocimiento para condenar, es protuberante el desacierto de la impugnación porque la providencia condenatoria proferida por el Tribunal se sustentó en forma primordial, conforme quedó expuesto, en la versión inicial de la víctima menor de edad MISR, aunado el respaldo que otros medios de convicción brindan a ese su dicho primigenio.

También analizó, como lo ha hecho esta Corporación, las declaraciones de testigos de la Fiscalía -Jorge Isaac

Briceño Payares, Saúl Gregorio Tirado, Shadia Hernández Sampayo y Angélica María Chica Badel-, en cuanto a la percepción que ellos tuvieron de hechos o circunstancias inherentes al desarrollo de la investigación de las conductas delictivas afectantes de la sexualidad de la niña MISR.

El primero de ellos dio a conocer las actividades que desplegó en calidad de miembro de la Policía Nacional adscrito a la división de Infancia y Adolescencia en Corozal (Sucre), en procura del restablecimiento de los derechos de MISR luego de que recibiera la noticia criminal presentada por su padre; así mismo, la forma en que recibió las entrevistas a la afectada -decretadas como pruebas de la Fiscalía sin objeción alguna de la bancada defensiva³²- con el acompañamiento del defensor de familia y, se relievó, la psicóloga Shadia Hernández Sampayo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, quien a su turno también evaluó a la menor y especificó que no indagó a la niña sobre los hechos sino que se orientó a esclarecer su estado mental.

Y los restantes mencionados, atestiguaron las tareas que cumplieron en ejercicio de sus funciones como profesionales del Instituto de Medicina Legal, a cargo de la valoración médico legal sexológica y de biología forense, sin que pueda catalogarse que sus exposiciones tienen la connotación de pruebas de referencia en los términos que

³² Ver audiencia preparatoria del 21 de octubre de 2013.

regula el artículo 437 de la Ley 906 de 2004; tampoco que con tal caracterización se erijan como fundamento exclusivo del fallo de condena que, se repite, ha sido estructurado con soporte esencial en la exposición originaria sobre los hechos dada por la víctima directa.

Por último, la alegación relativa a la configuración de la causal tercera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, carece de respaldo en la realidad procesal en vista que, como se ha explicado en capítulos anteriores, no es cierto que se omitiera la valoración individual y conjunta de *“la totalidad de las pruebas practicadas en juicio”*.

En oposición a lo que se arguye, el ejercicio de la apreciación intrínseca y extrínseca de los medios cognitivos allegados al proceso ha llevado a concluir, más allá de toda duda, probada la materialidad de los delitos acusados y la responsabilidad de **CEPC** en calidad de autora del concurso de los reatos de acceso carnal abusivo y proxenetismo con menor de edad de que fue objeto MISR.

Quedan desvirtuados, por lo tanto, los motivos de censura alegados por la defensa de la procesada **CEPC**.

6. En conclusión: la Corte no casará el fallo de segunda instancia impugnado, manteniéndose incólume la condena

declarada en contra de **CEPC**, la cual, una vez examinada en su legalidad en garantía del principio de la doble conformidad, cumple con los presupuestos para condenar del Código de Procedimiento Penal de 2004, artículo 381.

7. Casación oficiosa

La declaratoria de responsabilidad penal de **CEPC** como autora de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con proxenetismo con menor de edad, fue sancionada por el juzgador colegiado con las penas de **288 meses de prisión**, multa de 91 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas **por igual lapso que la sanción privativa de la libertad**.

El examen de la tasación punitiva conduce a la Sala a la determinación de casar la decisión única y exclusivamente en punto de la fijación de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, porque erró el *ad quem* al imponer a la procesada por ese concepto un término superior al contemplado en el inciso primero del artículo 51 del Código Penal, esto es, veinte (20) años, lo que implica violación al principio de legalidad de los delitos y las penas de que trata el artículo 6° del Código Penal, en la medida que *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”*.

En consecuencia, corresponde a la Sala propender por la garantía de los derechos de la procesada y reparar el agravio que se ha inferido con esa determinación, en cumplimiento de las atribuciones que la Constitución Política y la ley asignan a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Se procederá a casar de oficio y parcialmente la sentencia impugnada en el sentido de fijar la sanción accesoria en veinte (20) años, o lo que es igual doscientos (240) meses.

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

1. NO CASAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo el 08 de mayo de 2018, por cuyo medio condenó a **CEPC** en calidad de autora responsable de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y proxenetismo con menor de edad.

2. CONFIRMAR, en garantía del principio de la doble conformidad, el fallo condenatorio proferido por primera vez en este asunto por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo contra **CEPC**.

3. CASAR de oficio y parcialmente la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo

el 08 de mayo de 2018, única y exclusivamente en el sentido de fijar la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta a **CEPC** por un periodo de veinte (20) años.

4. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase.

Sala Casación Penal @ 2023

HUGO QUINTERO BERNATE

Con Ausencia Justificada

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Con Permiso

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONO HERNÁNDEZ BARBOSA

Con Permiso

FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria