



APROBADO ACTA 062
(Sesión del 25 de mayo de 2022)

SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 05260-60-00203-2013-02759
Sentenciado: Carlos Arturo Betancur
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años
Asunto: Defensa solicita nulidad por cambio de juez; subsidiariamente
recurre sentencia respecto la responsabilidad.
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 31 de mayo de 2022
(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

Resuelve la Sala el recurso de apelación que interpuso el defensor del ciudadano Carlos Arturo Betancur, contra la sentencia del 9 de diciembre de 2020, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia lo condenó como autor penalmente responsable del delito de Actos sexuales con menor de 14 años.

2. HECHOS

El 28 de febrero de 2013, en la edificación ubicada en la Calle 36 # 63-70 del municipio de Itagüí-Antioquia, cuando la menor S.L.G.¹, que contaba con 11 años de edad, tomó el ascensor de dicho edificio y coincidió en el mismo con el señor Carlos Arturo Betancur, quien aprovechando que en su interior se encontraban solos, de manera sorpresiva la abrazó, le dio besos en la mejilla y luego la besó en la boca en tres ocasiones.

¹ Como esta sentencia, es pública, se omite el nombre de la menor, se anotan solo sus iniciales y en adelante se le llamara "menor" para efectos de proteger sus derechos fundamentales conforme a lo dispuesto en los art. 33, 192 y 193.7 de la ley 1098 de 2006, actual Código de Infancia y Adolescencia.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Actuación procesal relevante.

3.1.1. Audiencias preliminares. El 28 de octubre de 2015 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Itagüí-Antioquia se legalizó el procedimiento de captura de Carlos Arturo Betancur, se formuló imputación en su contra por el delito de Actos sexuales con menor de catorce años; el imputado no se allanó al cargo. Acto seguido, se le impusieron una serie de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, decisión que fue apelada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación y revocada el 1° de marzo de 2016 por el Juez Segundo Penal del Circuito de Itagüí-Antioquia quien dispuso la detención intramural del ciudadano.

3.1.2. Acusación. El 22 de abril de 2016 la Fiscalía acusó formalmente a Carlos Arturo Betancur por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años, consagrado en el artículo 209 del Código Penal.

3.1.3. Audiencia preparatoria. Se llevó a cabo el 15 de noviembre de 2016.

3.1.4. La audiencia del juicio oral se desarrolló en varias sesiones. 20 de enero, 21 de julio, 12 de septiembre, 27 de octubre, 30 de noviembre de 2017; y 15 de julio de 2019 cuando se anunció el sentido condenatorio del fallo.

3.2. Sentencia impugnada.

El 9 de diciembre de 2020 el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí condenó a Carlos Arturo Betancur a la pena principal de 108 meses de prisión tras hallarlo penalmente responsable del delito de Actos Sexuales con Menor de 14 Años.

En cuanto a la solicitud de nulidad incoada por la defensa, partió por advertir, soportado en el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia -Radicado 38512 del 12 de diciembre de 2012,

refrendado en el 43257 del 23 de mayo 23 de 2018-, que estimaba innecesario acudir al remedio extremo de la nulidad de la actuación por cambio de los Jueces que presidieron el juicio; obedeciendo a la postura esbozada en las decisiones referidas, en las que se sostiene como línea de interpretación que la repetición del juicio no deviene automática por cambio de Juez toda vez que ello dependerá de la evaluación de varios factores, a saber i) la vulneración potencial de otras garantías -celeridad procesal, evitabilidad de la revictimización o protección de testigos-; ii) el motivo que sustenta la movilidad del Juzgador -*verbi gratia*, si obedeció a una situación ingobernable-; y iii) la posibilidad de morigerar la afectabilidad de la inmediatez mediante el empleo de medios tecnológicos que habiliten la reproducción fidedigna de los registros; los cuales permitirán ponderar si resulta justificada y tolerable la limitación de los principios de concentración e inmediatez.

Acotó el *a quo* que, en este caso, de repetirse la realización del juicio adelantado en presencia de su antecesor, se vería afectado el principio de celeridad que compone el derecho de acceso a la administración de justicia y hace parte además del debido proceso penal. Adicionalmente, debe indicarse que el cambio del director del trámite no implicó afectación de derechos constitucionales y que los registros audibles revisados detenidamente permitieron escuchar fielmente lo ocurrido en el trascurso del avistamiento público, arribando así al debido examen probatorio. En consecuencia, coligió como innecesaria la repetición de la actuación, considerándose plenamente facultado para proferir el fallo de primera instancia.

Ahora bien, en punto del análisis y la valoración probatoria, adujo el *a quo* que las pruebas practicadas en el juicio le permitieron obtener un conocimiento cierto y seguro acerca de la ocurrencia del abuso sexual. Examinó en primer lugar el contenido de la declaración de la víctima, quien al momento de testificar manifestó que se encontró a la entrada del edificio a Carlos Arturo Betancur, el cual le solicitó que lo esperara y estando dentro del ascensor de la torre 2 de la unidad donde habitaban, la abrazó fuertemente por el frente y le dio 3 “picos” en la boca; contó como ella logró soltarse, se bajó del elevador en el piso octavo y posteriormente Carlos Arturo Betancur tocó la puerta de su casa, siendo atendido por su hermano Stivenson, a quien le indagó por un servicio de taxi que había solicitado la mamá de ellos.

Para el Fallador, el testimonio vertido por la menor tiene plena credibilidad porque, a la luz de la sana crítica se observó coherencia intrínseca y extrínseca y se cumplió con los parámetros establecidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual en providencias como la 18455 de 2005 y 26128 de 2007 indicó que para valorar la prueba testimonial del menor afectado por un delito sexual, se debe tener en cuenta los siguientes criterios, a saber: a.) inexistencia de incredulidad derivada de resentimiento hacía el agresor respecto de la víctima/existencia de rencor o enemistad, en el caso puntual, no se avizoraron esos sentimientos en la menor, quien acude al juicio a dar cuenta de un hecho con el que se sintió agraviada. Se desestimó de plano los dichos acerca de discusiones entre la madre de la víctima y la hermana del procesado, aclarando que en nada ello afectó la relación entre los directamente afectados, véase como Carlos Arturo Betancur entabló una conversación cordial con la menor, la cual se vio estropeada por su comportamiento abusivo; b.) que la narración de la menor tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, y así fue, porque cada uno de los testigos de cargo fueron lucidos al referenciar que en el horario indicado, 12:30 m a 1:00 pm, la joven regresaba del colegio a su casa, que tanto el procesado como la víctima residían en la misma edificación haciendo posible que coincidieran en el elevador, que la menor regresó asustada a su casa y no quería abrir la puerta minutos después, cuando vio que quien tocaba era su agresor y; c.) La persistencia en la incriminación, la cual es notoria, sobre todo, al recibir cuatro versiones de la menor, una en juicio aunada a la hecha a sus progenitores y a su hermano, quienes en la vista pública rememoraron la narración recibida directamente de S.L.G.

Adicionalmente, estos datos se encuentran corroborados periféricamente, puesto que: 1.) así lo indican las características del inmueble donde ocurrió el hecho, el cual es descrito por los testigos de cargo y de descargo como una edificación en la que hay un ascensor, tanto así que se hizo mención -testigo Lina María Betancur- sobre la desidia de los inquilinos para hacer el pago del mantenimiento de esa herramienta de uso común, de modo que no hay duda alguna acerca de que ese hecho si pudo ocurrir en ese lugar específico, porque allí sí hay un ascensor que puede ser usado por los moradores; 2.) Se verificó la posibilidad de que el procesado y la víctima pudieron estar solos porque las

tres personas que convivían con S.L.G. fueron claros en indicar que la menor regresaba a casa en ese horario, que para ello había subido en ascensor, que nadie más subió con ellos en ningún momento; 3.) Se explicó por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, y es que en esa ocasión nadie subió con la menor al ascensor, de ello dan cuenta los testigos de cargo que recuerdan que cada uno estaba en su lugar de trabajo o en la casa y, al ser un lugar completamente cerrado es imposible que, en uso, se vea lo que ocurre en su interior; 4.) Las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima, son corroboradas principalmente por el testigo Stivenson López Gutiérrez quien indicó que una vez arriba su hermana, la puerta fue tocada por el procesado, quien ante el rechazo y presumiendo que la menor estaba sola buscó la manera de provocar un nuevo acercamiento; y 5.) Se confirmaron las "*circunstancias específicas que (...) [rodearon] el abuso sexual*"², ya que los testigos de cargo acreditaron que, en efecto, la menor acudió al lugar reseñado, que allí estaba el acusado, que hubo un lapso en el que el ascensor permaneció cerrado en el que se propició la conversación entre procesado y víctima, que de manera brusca buscó acercarse y le dio unos besos en la boca; que al descender del elevador el agresor regresó en búsqueda de la menor, pero ello se vio entorpecido por la presencia del hermano de S.L.G.

Refirió el Juez de primera instancia que la defensa limitó su práctica probatoria a comprobar lo buena persona que es el procesado y, de manera paralela, pretendió sembrar una idea acerca de la personalidad de la madre de la menor, siendo ésta descrita como una mujer conflictiva -según dichos de Norely Meneses Restrepo y Lina María Betancur-, no obstante, el proceso penal enfrentó las versiones de una menor de edad y el señor Carlos Arturo Betancur, respecto de los cuales nada se dijo de posibles disputas anteriores al hecho, de modo que discusiones entre terceras personas no afectan la veracidad del hecho denunciado y llevado a verificación en juicio oral. Así mismo, quiso restar credibilidad a la narración de la víctima y la de todos los testimonios arribados, ya que estos a su parecer, no imprimían el suficiente convencimiento de que se trataba de un delito contra la libertad integridad y formación sexual, que cualquier categorización de delito de una acción como la denunciada resulta apresurado encasillarla dentro de los linderos del artículo 209 del Código Penal,

² Decisión SP3332-2016, del 16 de marzo de 2016, Radicado 43866, citada en CSJ SP. MP Patricia Salazar Cuéllar. Radicación N° 55957 del 12 de febrero de 2020.

concluyendo la defensa que no todo contacto con la menor tocaba los contornos de los propósitos libidinosos que irradia el precitado canon.

En sus alegatos de cierre, el defensor indicó: 1.) que en dichas deposiciones se encuentran serias contradicciones sobre la ubicación en el rostro de los besos -mejilla o labios-, así como su cantidad. Discrepó igualmente sobre los señalamientos acerca de la utilización de la fuerza en el ascensor que sostiene S.L.G., asunto sobre el cual el *a quo* precisó que, fue específica la menor al reseñar que hubo una cantidad plural de besos en la boca -tres en total-, que al ser contra su voluntad son forzados, pero no se le exige ni aquí se debatió, la existencia de un hecho constitutivo de secuestro, por ejemplo, como para exigirse que la fuerza y la retención hubiese perdurado por un lapso mayor al requerido para realizar el acto sexual, resaltándose que para la ilicitud que le fue atribuida al acusado resulta irrelevante que el hecho sea forzado o voluntario (la fuerza no es un ingrediente del tipo penal), de lo que se deriva que el consentimiento no sea causal de exoneración de responsabilidad penal frente a tales comportamientos³, reitera que en la menor no se comprobó contradicción y, para su edad fue bastante descriptiva respecto de lo acontecido; y 2.) que la menor no sufrió alteraciones sustantivas en la formación sexual, entendida ésta como una facultad para determinarse en el futuro en materia sexual, encuadrándose el acto, en consecuencia, en criterio del defensor, a la descripción típica del artículo 226 del Código Penal pues, estaría más que claro, según las circunstancias, que se trata de una afectación concreta de la integridad moral y no del otro bien jurídico mencionado. Frente a lo cual hizo alusión a la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con Radicado 34661 de 2012 que establece 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 de la víctima, quien, por sus mismas condiciones de inmadurez dada la edad, no está en condiciones de comprender la naturaleza y trascendencia de los mismos.

Es así como, en este tema de la tipicidad objetiva del comportamiento de actos sexuales debe referirse que la tesis de subsunción del comportamiento humano

³ CSJ SP. MP. Gerson Chaverra Castro. Radicado N° 50889 del 6 de mayo de 2020.

que se desarrolló en el Radicado 29117 del 2 de julio de 2008, fue superado a través de la misma corporación que en radicaciones como la ya citada y la 47640 de 2016, las cuales dan cuenta que cualquier tocamiento no autorizado, cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, constituye un delito que afecta el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexual y no la moral. Adicionalmente, en estos casos no es necesario que en la psiquis del afectado haya quedado alguna traza, sino que se tiene como presunción de derecho⁴.

Puntualizó el *a quo* en que la facticidad comprobada concretiza los ingredientes objetivos propios de la ilicitud consagrada en artículo 209 del Código Penal, ya que el señor Carlos Arturo Betancur, besó en la boca a la menor -zona erógena-, esto es, realizó actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años, S.L.G. quien para el momento de los hechos tenía 11 años, habiéndose afectado con dichas conductas, el bien jurídico de la formación sexual de la agredida, ya que al emplear su cuerpo como un objeto erótico, perturbó la evolución y desarrollo de su personalidad, produciendo en ella alteraciones importantes que incidirán en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro⁵.

Que la actuación haya sido dolosa es otro asunto que el *a quo* encontró verificado en tanto, por regla general, a los elementos cognitivo y volitivo de la conducta se llega por la vía indiciaria, y no dejando de lado que, según el concepto del alto Tribunal en cita, la facticidad base de esta inferencia debe "*extraerse siempre de la situación enjuiciada*", iteró el *a quo* que el hecho de que el señor Carlos Arturo Betancur besara en la boca a S.L.G., que es una zona erógena, es un indicador indiscutible de su intención libidinosa (elemento volitivo), resultando insensato estimar que se tratara de un accidente, y siendo palmario que sabía (elemento cognoscitivo) que se trataba de una persona menor de 14 años, ya que era una niña de corta edad que no podría predicarse confusión al respecto.

En lo atinente a la culpabilidad encontró acreditado que el autor del injusto, pese a hallarse en condiciones de comportarse conforme a derecho en virtud

⁴ *Óp. Cit.*, en esta decisión la Corte analiza el acceso carnal abusivo, pero las estimaciones son extensibles al acto sexual abusivo.

⁵ MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL. TOMO I. Segunda Edición. Editorial Temis. Coordinador: CARLOS G CASTRO CUENCA. Bogotá. 2018. Pág. 417.

de su capacidad de autodeterminación y de la posibilidad de conocimiento y comprensión de la antijuridicidad de su conducta, en lugar de preferir ello, eligió actuar en contra de la norma prohibitiva, imponiéndose, por tanto, el juicio de reproche jurídico-penal, concretado en la pena que finalmente le impuso.

3.3. Del recurso.

3.3.1. Inconforme con la condena, el defensor del ciudadano procesado interpuso y sustentó el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia afirmando en primer lugar que, respecto de su solicitud de nulidad, el Juez a efectos de cumplir con los preceptos precedentes, ha debido examinar y exponer con cuidado y lógicamente los fenómenos de suspensión y el cumplimiento estricto de los términos, ya que una es la suspensión que debilita o afecta la memoria de la audiencia de juicio oral y otra aquella cuya causa es el cambio de Juez. Mínimamente debió verificar el *a quo* si hubo violación al debido proceso por las suspensiones exageradas del juicio oral, las cuales además fueron varias y en ellas existió cambio de defensores, los últimos de ellos desconocedores de la espontaneidad y reacciones de los testigos, elementos de exposición que no quedan en las grabaciones magnetofónicas.

Arguye que el Juzgado soslayó el problema y se limitó a decir que no era necesario acudir al remedio extremo de la nulidad de la actuación por cambio de Juez que presidió el juicio, aduciendo de manera ligera y sin un serio análisis. El principio de celeridad fue violado sin contemplaciones en el decurso del proceso, pues bastaría recordar y apuntar que este se inició en el año 2013, se trata de un solo delito, de un solo presunto autor que nunca rehuyó la justicia y de una pretendida víctima, de prueba relativamente poca debido a las circunstancias especiales de la pretensa conducta delictiva, y de detenido en los últimos años, proceso próximo a cumplir 8 años. Cabe anotar que es garantía en la actuación procesal "*el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia*" y que para lograr lo preceptuado, conforme al artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, se requiere el cumplimiento de "*los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación*". De manera que

"en el proceso penal los servidores públicos" deben ceñirse "a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia" conforme lo establece el artículo 27 ibídem.

El principio de concentración expresa en el inciso final del artículo 454 del Código de Procedimiento Penal que i) *"Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá"*, esto es, que la repetición de la audiencia está condicionada a la memoria de lo sucedido o a los resultados de las pruebas practicadas, en cuyo evento la repetición no es automática; ii) *"Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar el juez"*; el procedimiento es la repetición de la audiencia pero ya por una razón diferente, el cambio de Juez, causal independiente a la anterior. En este caso la señora Juez Ángela María Patiño Suaza, quien inició el juicio oral, fue cambiada por el señor Juez Raúl Emiliano Ladino León, quien a su vez fue cambiado por quien emite la sentencia. Estos dos cambios de Juez, realizados por motivos desconocidos, incuestionablemente violentaron el principio rector de inmediación consagrado en el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal, porque bien sabido es que el procedimiento penal actual es de contenido adversarial entre la Fiscalía y la Defensa, lo que reclama un Juez totalmente independiente que dirima la controversia entre las partes.

En el juicio el Juez debe estar siempre presente, entre otras cosas porque delante de él se deben practicar o refrendar todas las pruebas y él es quien finalmente las valora y las valida, lo que implica un control en su producción e incorporación que a la postre quedan plasmados en la sentencia. De manera que el cambio de Juez resultaría dividiendo el control y la valoración de las pruebas, lo que implicaría que las practicadas ante el cambiado quedarían sin el debido soporte analítico dado que el siguiente Juez no estuvo presente en la práctica e incorporación de ellas; de suerte que el nuevo resulta mediando en el análisis probatorio sin haber estado presente. Lógicamente, con mayores veras se afecta el principio de inmediación si hay más de un cambio de Juez.

Considera entonces el censor que en la realidad no existe la posibilidad de "*morigerar la afectabilidad de la intermediación mediante el empleo de medios tecnológicos que habiliten la reproducción fidedigna de los registros*", ya que en estos no quedan impresos los aspectos psicológicos del Juez o lo Jueces cambiados que de alguna manera son y deben ser parte de la valoración probatoria que es necesario efectuar; por lo menos en este caso los tales registros excepcionalísimos morigerantes de la afectación del principio de intermediación, no existen.

El Juzgado le hizo un esguince "*al remedio extremo de la nulidad de la actuación por cambio de los jueces que presidieron el juicio*", argumentando que "*la repetición del juicio no deviene automática por cambio de juez*", en tanto que jurisprudencialmente hay que evaluar los factores de la vulneración potencial de otras garantías (celeridad procesal, evitabilidad de la revictimización o protección de testigos), el motivo que sustenta la movilidad del Juzgador (ejemplo, si obedeció a una situación ingobernable) y la posibilidad de morigerar la afectabilidad de la intermediación. El fallador optó por acoger la supuesta garantía del principio de celeridad, lo que ya fue rebatido (no se defiende el principio de celeridad ya inexistente por repetida violación) y guardó silencio sobre el resto de factores, incluyendo la violación inescapable del principio de intermediación. En consecuencia, el cuarteamiento de aquellos factores ha dejado vacíos de examen asuntos que requerían analizarse y que la Defensa no puede lógicamente replicar. Por ende, itera su solicitud de nulidad contemplada en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, por violación del debido proceso en aspecto sustancial porque se ha violado el principio de concentración estipulado en el artículo 454 inciso 3° *ibídem*, toda vez que no se repitió la audiencia de juicio oral que ha debido repetirse por los cambios de Juez, asunto que fue evadido en la sentencia.

3.3.2. Ahora, sobre el testimonio de la menor, al Juez de primera instancia le pareció coherente y acorde con los parámetros de la sana crítica establecida jurisprudencialmente, a) Porque la víctima no tenía resentimientos ni rencor ni enemistad con su agresor; b) la menor hizo una narración confirmada por las circunstancias que rodearon el hecho (tiempo, lugar y modo) y; c) la persistencia en la narración ya que se vertió en cuatro ocasiones.

Ciertamente no existen datos aparentes de sentimientos adversos antecedentes, pero afirma, en los menores cualquier actitud o gesto (mirada desdeñosa, risa supuestamente irónica, regaño ligero, etcétera) de otras personas los incuba. La narración no tiene complicación pues los hechos fueron relativamente simples y las circunstancias que los rodearon (hora y lugar) tampoco eran complicadas, de suerte que las numerosas narraciones pudieron ser muchas más sin cambio alguno, aunque si hubiera existido alguno se habría catalogado de adjetivo o accesorio o insustancial para no descalificarlas. Más importante para la credibilidad del testimonio de la menor hubiera sido el actuar de ella al momento de los besos, considerando que sus movimientos para evadir estos desviaban impulsivamente su rostro y fácilmente se zafó del personaje besuqueador; pero también el impacto psíquico sufrido por ella y su trascendencia.

Sigue siendo válida la opinión de la Corte Suprema de Justicia que se apoya en los estudios psicológicos de diversos autores. En efecto, pregona aquella corporación⁶: *"La Corte se ha ocupado a espacio de precisar que en los niños víctimas de abuso sexual puede existir una tendencia a narrar lo acontecido, en tanto la magnitud de lo padecido marca de una manera más o menos fiel sus recuerdos y de la misma forma los narran. Pero esa precisión en modo alguno significa, y la Sala lo ha dicho así, que los niños no pueden faltar a la verdad y que, por ende, siempre ha de creérseles sin mayor explicación. Por el contrario, se ha explicado que sus relatos deben ser valorados como los de cualquier otro testigo, sometidos al tamiz de la sana crítica y apreciados de manera conjunta con la totalidad de los elementos de juicio allegados al debate"*.

Agrega que la sana crítica de los testimonios de los menores debe ser más aguda y ponderada, habida consideración de la personalidad inmadura de estos, su maleabilidad y la distorsión natural y a veces maliciosa, aunque no dolosa que le dan a algunos hechos o acontecimientos. Esas agudeza y ponderación se desvanecen en el evento *sub examine*, siendo así que la prueba coadyuvante es prácticamente inexistente. En efecto, no sirve mucho a la crítica testimonial que procesado y menor residan en el mismo edificio, que la hora aproximada de los acontecimientos sea indiscutible y que lo contado a sus

⁶ Ponente José Luís Barceló Camacho, radicado 45585 del 1° de junio de 2016.

progenitores y hermano sea igual o parecido; y nada de esto es sustancioso sencillamente porque no está dirigido a impugnar el testimonio. Por lo demás, no existe testimonio presencial alguno.

Arguye el censor que fallar con tan endeble prueba acusatoria es una osadía que desborda las exigencias formales de la ley y las materiales de la justicia que debe realizar aquella. No se trata de regresar al viejo criterio *testis unus testis nullus* sino de reclamar una prueba que esté "*más allá de duda razonable*" sobre la magnitud y naturaleza de los hechos objeto de juicio.

3.3.3. Por último, sobre la tipicidad de la conducta, advirtió que el delito imputado y por el cual se procesa a su asistido está tipificado en el artículo 209 del Código Penal; la acusación se hizo en el entendido de que los besos dados a la menor son actos sexuales. Indica que la calidad de los actos sexuales no la define ni el autor ni la víctima, es una condición orgánica-biológica que distingue al macho de la hembra, al hombre de la mujer, valga decir, es una condición objetiva que reclama una tipicidad de la misma naturaleza, es decir, objetiva; de modo que los actos sexuales se refieren o tocan con lo sexual, con el sexo. De esto se desprende que los besos no son por sí mismos sexuales, pero tampoco su calificación depende de la estimación de quien los da o de quien los recibe.

Se ha llegado a decir que cualquier tocamiento a un menor sin su consentimiento constituye un acto sexual abusivo. Pero resulta estrambótico o exagerado sostener que ponerle una mano en el hombro o en la cabeza o tocarle la cara puedan ser calificados de actos sexuales abusivos o de otra naturaleza delictiva. Acota que está bien que los menores tengan privilegios constitucionales, pero sin exagerar.

En este caso objeto la orden de captura aludió al pretendido autor del delito dirigiéndose a la menor "*abrazándola, dándole besos en el cuello y la boca*". En el escrito de acusación se dice que "*le dio besos en la mejilla y en la boca*". Por su naturaleza objetiva descártense los besos del cuello y de la mejilla como actos sexuales, los de la boca tendrían una connotación diferente ¿por qué fueron dados allí y de qué manera? ¿intencionalmente o por los movimientos de la menor? Repárese en que con el abrazo y los besos intempestivos del cuello

o de la mejilla la menor ha debido empezar el forcejeo, moviendo su cuerpo para zafarse del abrazo y eludir los besos; en esos movimientos ampulosos, sobre todo de la cara, sus labios pudieron quedar al frente del rostro de su besador, quien aprovechó para estamparle allí algún o algunos pocos besos que, dígase lo que se quiera, no pudieron ser sino relámpagos. Mal podría afirmarse que esos últimos besos, dadas las circunstancias del forcejeo de la menor, fueron sexuales, aunque sí violentos o forzosos, lo que habría derivado en una infracción distinta al delito por el que se acusó.

Era necesario profundizar en el cómo y dónde se dieron los besos para tildarlos, sin más, de actos sexuales; de ahí que la adecuación típica resulte discutible en la medida en que objetivamente los besos no son sexuales. Pues, si no lo son, y esa categoría de “actos sexuales” son elementos del tipo penal, no existe adecuación típica y, si esta no existe, no hay delito.

Solicitó en consecuencia el abogado defensor, de manera principal, absolver a su prohijado dada la inexistencia del delito por el que fue acusado, o por falta de prueba plena sobre la ocurrencia del mismo. Subsidiariamente, de no acogerse dicho planteamiento, solicita se decrete la nulidad de todo el juicio por cambio de Jueces.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004⁷.

4.2. Problema jurídico.

Según lo planteado por el defensor en el recurso de alzada, los problemas jurídicos consisten en determinar en primer lugar, si, en atención a lo dilatado

⁷ Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en **primera instancia profieran los jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

del juicio oral y al hecho de que la sentencia condenatoria fue proferida por un Juez que no estuvo presente en la práctica de las pruebas, se vulneraron los principios de celeridad, concentración e inmediación haciendo imperioso el decreto de nulidad del juicio. Solo de despacharse de manera negativa esta solicitud entraremos a determinar si hubo prueba suficiente para condenar; y si, probados los hechos por los que fue acusado el señor Carlos Arturo Betancur, los mismos encuadran o no en la conducta típica que le fue endilgada.

4.3. Valoración y solución de los problemas jurídicos.

4.3.1. Es nulo el juicio, y de paso la sentencia, por falta de continuidad y porque el Juez que profirió la condena no estuvo presente en la práctica de las pruebas.

En atención al principio de prioridad, partiremos por resolver primero la solicitud de nulidad incoada por la defensa contra la sentencia de primera instancia y el juicio, argumentando vulneración a los principios de celeridad, concentración e inmediación pues, el fallo debe dictarse en proceso sin vicio alguno y, que de llegarse a establecer que la totalidad del juicio oral estuvo viciada de nulidad, no tendría sentido analizar la valoración probatoria y eventual responsabilidad penal del procesado.

Ahora bien, el defensor planteó violación de los principios ya referidos, de un lado, porque a pesar de ser una acusación cuyo supuesto fáctico es sencillo, que cuenta con una sola víctima y un solo victimario, se trata de hechos que datan del año 2013 y el juicio tardó más de dos años en culminar, aunado a que durante la práctica de prueba se dio cambio de Juez que, incluso, no fue el mismo que profirió el fallo, solicitando en consecuencia que se decrete la nulidad de la sentencia y del juicio.

La Sala negará la solicitud pues considera que los medios tecnológicos con los que se cuenta le permitieron al Juez dictar la sentencia de primera instancia –y esta de segunda- sin afectar los principios referidos; además, el derecho al acceso a la administración de justicia y a una solución eficiente de los

conflictos también son derechos fundamentales de los asociados y cuando se pondera el derecho fundamental innominado de la tutela judicial efectiva frente a otros puede concluirse que, tal y como lo afirmó el *a quo*, el remedio extremo de la nulidad no es necesario en el *sub judice*.

En un asunto analógico, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁸ consideró oportuno retomar el análisis del tema de la necesidad de la repetición del juicio frente al cambio de Juez en garantía de los principios de oralidad, concentración e inmediación, para lo cual después de estudiar este último enfrentado con el principio de acceso a la administración de justicia, concluyó que el primero debe ceder frente a este en su componente de celeridad, junto con otros derechos como los de los menores, víctimas y testigos; concluyendo que en desarrollo de una aplicación ponderada y conjunta de estos principios no siempre la nulidad es el remedio para los casos en los que el funcionario encargado de emitir el fallo estuvo ausente en la práctica probatoria. Al efecto determinó la Corte:

“...Ahora, desde otra perspectiva argumental, tampoco puede pasarse por alto que, por la vía jurisprudencial, en aplicación de métodos de ponderación o balanceo, se han ido estableciendo hitos que reducen aún más el campo material de acción del principio de inmediación. Apenas como ejemplo, cabe citar lo resuelto por la Corte Constitucional, en la tutela T-205 de 2011, que en lo pertinente señala:

“Como se reiteró en la consideración tercera de esta providencia, los principios de concentración y de inmediación de la prueba dentro del sistema penal acusatorio contienen una caracterización trascendental. La inmediación permite al juez percibir de su fuente directa las pruebas y las alegaciones de las partes, mientras la concentración hace posible valorar el acervo probatorio en un lapso temporal que no debe ser prolongado, para que lo interiorizado por el juzgador no se desvanezca con el transcurrir del tiempo, principios éstos que deben ser acatados con rigurosidad.

Sin embargo, es claro que estos principios no deben tomarse como absolutos, según lo reiterado en esta providencia, bajo el entendido que la repetición de un juicio oral para nominalmente preservar los principios de inmediación y concentración, debe ser excepcional y estar fundada en motivos muy serios y razonables.

*El proceso penal no puede estar sujeto exclusivamente al cumplimiento de las ritualidades que lo caracterizan, pues **de la mal entendida rigidez de unos preceptos podría derivarse, de manera abrupta e injustificada, la conculcación de valores superiores del Estado social de derecho, que brinda garantías fundamentales a todos los sujetos procesales, sumado a que el juez debe disponer de medios técnicos fidedignos, ágiles e idóneos para el registro y reproducción de lo actuado, pues, se***

⁸ Radicado 38512 del 12 de noviembre de 2012. MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.

*repite, no puede desconocerse que “el legislador habilita la posibilidad de que la inmediación del juez no se limite únicamente a la práctica de pruebas en su presencia, sino que es posible acudir a medios técnicos de registro y reproducción idóneos y garantes del principio, **cuando circunstancias excepcionales así lo requieran**”.*

Con su determinación, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, al confirmar en junio 21 de 2010 (fs. 54 a 69 cd. inicial) la censurada providencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de dicha ciudad, se limitó a anular la actuación, a partir del inicio del debate probatorio, creyendo “vulnerado el debido proceso, habida cuenta de los principios de inmediación y concentración, como consecuencia del cambio del titular del juzgado” (f. 56 ib.), por lo cual erróneamente ordenó “repetir el juicio para que sea reconstruido en presencia de la nueva funcionaria, no obstante lo traumático que puede resultar, sobre todo para las menores ofendidas” (f. 68 ib.).

Así, trató de aplicar el ad quem el estatuto procesal acusatorio penal, pero arrolló los derechos inherentes a las víctimas, máxime siendo ellas menores de edad, cuando se ha podido acudir al registro técnico de lo que ya se había efectuado válidamente en el juicio oral, tal cual se haría al resolver una apelación, un recurso extraordinario de casación o una acción de revisión.....

(...)

La Sala estima trascendental, para lo que aquí se decide, destacar cómo la decisión transcrita consagra una especie de capitis diminutio al principio de inmediación, al extremo de establecer como tesis principal que la nulidad del juicio, cuando el juez no presenció las pruebas, o mejor, éstas no fueron practicadas en presencia del funcionario encargado de emitir la decisión, sólo es posible decretarla por vía excepcionalísima, si se demuestran graves afectaciones a derechos o principios de más hondo calado.

Pero, cabe resaltar, no es, la anotada, una afirmación insular de la alta Corporación, pues, apenas se reitera lo manifestado en la Sentencia C-059 de 2010, del siguiente tenor:

*“Por supuesto que la interrupción de las audiencias de juzgamiento no es deseable en un sistema penal acusatorio, ni debe convertirse en una práctica recurrente. Por el contrario, los funcionarios judiciales deben garantizar la continuidad del juicio oral a efectos de acercarse, lo antes posible, a la verdad de lo sucedido, e igualmente, para evitar situaciones que puedan llegar a afectar a las víctimas y a los testigos. En efecto, no escapa a la Corte el hecho de que **la repetición de la práctica de pruebas puede lesionar los derechos de los intervinientes en el proceso penal, en especial, cuando las víctimas sean niños o adolescentes.***

*Así las cosas, la Corte considera que las normas acusadas no lesionan el derecho al debido proceso. Sin embargo, insiste en señalar que **la repetición de las audiencias de juzgamiento debe ser excepcional y fundada en motivos serios y razonables, so pena de vulnerar los derechos de las víctimas y testigos.**” (Negrillas de la Sala)*

En este caso estamos ante un juicio que comenzó el 20 de enero de 2017 y que se adelantó en seis sesiones, que tuvo siete aplazamientos de los cuales

cuatro fueron por solicitud de reprogramación o por inasistencia de la defensa, una de ellas por solicitud expresa del propio procesado, luego no puede pretender el censor alegar en su favor una culpa que en parte es suya –siendo imperioso recordar que la unidad de defensa conlleva a que, si llega un nuevo abogado a asumir la defensa penal de un ciudadano, este lo hace conforme a como se encuentre el proceso- sin controvertir los fundamentos de la decisión tomada por la primera instancia, tampoco expuso razones fácticas ni jurídicas que cuestionaran la decisión que censuraba, ni la verdadera afectación por la cual deprecaba la declaratoria de nulidad, por cuanto solicitar la repetición del juicio fundamentado en la celeridad es a todas luces contradictorio si se tiene en cuenta que ello dilataría aún más la solución de este asunto que se encuentra próximo a culminar. En consecuencia, se despacha de manera negativa la solicitud de nulidad incoada por la defensa.

4.3.2. Mínimo de prueba para condenar.

Advertiremos de entrada para abordar este tópico que, una vez escuchado detalladamente el juicio, en el *sub examine*, contrario a lo argüido por la defensa, sí existía prueba suficiente para condenar y es por ello que desde ya se advierte que la sentencia impugnada será confirmada.

Dice la defensa que si bien no existían datos aparentes de sentimientos adversos antecedentes de S.L.G. hacia su prohijado, lo cierto es que los menores, cualquier actitud o gesto de otras personas, los incuban; por ende, la valoración de su testimonio debía ser más aguda y ponderada dada su personalidad inmadura, maleabilidad y la distorsión natural y a veces maliciosa que a veces los menores les dan a algunos acontecimientos. Que en este caso la prueba coadyuvante es prácticamente inexistente pues solo se cuenta con los dichos de los padres y el hermano de la menor, quienes claramente no van a contradecir los dichos de esta.

La situación fáctica descrita –y, se itera, probada para esta Sala-, es que el 28 de febrero de 2013, un poco después del mediodía, cuando la menor S.L.G. llegaba del colegio a su casa, se encontró con su vecino Carlos Arturo Betancur y ambos tomaron el ascensor rumbo a sus viviendas, la de la menor en el octavo piso y la del procesado en el onceavo piso, que estando solos al interior del

elevador el señor entabló una conversación con la menor preguntándole en principio por sus familiares y si se encontraban trabajando y, después, resaltando lo linda que estaba y que se veía con el uniforme que llevaba puesto, es decir, cortejando a una niña de 11 años.

Según describió S.L.G., Carlos Arturo Betancur la abrazó de frente y con mucha fuerza e intentó besarla en medio de un forcejeo alcanzando a propinarle tres besos en la boca mientras ella intentaba repeler el ataque, cuando por fin el ascensor llegó al octavo piso, logró zafarse y correr hasta su casa, donde se encontraba, sin saber, su hermano mayor Stivenson López Gutiérrez. Minutos después tocaron la puerta del inmueble y Stivenson abrió, era el señor Betancur quien se mostró sorprendido y nervioso cuando vio al joven preguntándole de inmediato que si la mamá había requerido un servicio de taxi.

Echó de menos el defensor algún testigo presencial del hecho, pero al parecer olvidó que dada la naturaleza sexual del delito endilgado a su prohijado, se trata de hechos que ocurren al amparo del sigilo, no es de aquellos en los cuales pueda fácilmente contarse con un número plural de testigos presenciales, u otras pruebas que documenten lo ocurrido. En términos generales en este tipo de asuntos, y de hecho en este caso concreto, se cuenta principalmente para estos efectos con el testimonio de la víctima; pero en este evento y para dar cuenta del contexto como ocurrieron los hechos, no sólo con su relato.

La vigencia de la presunción de inocencia que ampara al acusado exige que las pruebas de cargos, que justifiquen una condena, sean suficientes; y cuando esa prueba de cargos se basa casi de manera fundamental en el dicho de la víctima, este dicho ha de someterse a un mesurado, racional y ponderado análisis jurisdiccional. Como no obra prohibición legal de condena con fundamento en un sólo testimonio, éste debe ser prueba válida, reiteramos, si no se advierten razones que invaliden su afirmación. Para ello el testimonio debe ser coherente, esto es no evidenciar contradicciones internas, y si es que existen otros medios de prueba de corroboración, coincidente con los mismos.

Significando esto que en cualquier evento es necesario someter el testimonio del menor de quien se dijo era víctima, como cualquier otro medio de prueba, al

análisis bajo las reglas de la sana crítica, pues las garantías procesales de los acusados no desaparecen, por el hecho de que la supuesta víctima del ilícito que se les atribuye sea un menor. Al respecto, se pronunció la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia entre otras, en las providencias con Radicado 30305 y 23706 de 2006, indicando:

“...De modo que, como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso.

(...)

*Así las cosas, razonable es colegir, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, que **el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica.**” (Negrillas y Subrayas de la Sala)*

En su declaración, ya con 16 años, la menor S.L.G. dio cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue víctima de un ataque sexual por parte de su vecino Carlos Arturo Betancur quien afirmó lo conocía porque vivía en su mismo edificio y porque constantemente se lo encontraba cuando salía o llegaba de estudiar. Dijo que al tomar el ascensor éste le pidió que lo esperara y así lo hizo, cogieron el elevador solos y, al iniciar el trayecto él comenzó a conversarle preguntándole por sus familiares a lo que la menor le contestó –porque así lo creía- que estaban por fuera trabajando, de este aspecto resalta la Sala el hecho de que el señor Betancur haya creído erróneamente que S.L.G. estaría sola en su casa; que luego exaltó lo linda que se veía con el uniforme siendo esto, de entrada, una actitud reprochable y muy dicente de sus intenciones si se tiene en cuenta que se trataba de una niña de tan solo 11 años de edad.

Relató la víctima que, en el trayecto, el procesado la abrazó de frente y con mucha fuerza e intentaba besarla a lo que ella hacía un esfuerzo por

esquivarlo, sin embargo, logró estamparle tres besos en la boca y algunos en el rostro –mejilla-, que cuando el ascensor se detuvo en el octavo piso ella logró soltarse y huyó corriendo hacia su casa; de este aspecto a efectos de argumentar la imposibilidad de que el acusado hubiese logrado besar a su víctima, arguye el defensor que los movimientos evasivos de la niña desviaban su rostro, tanto así que para ella fue fácil soltarse.

Respecto a lo anterior habremos de resaltar dos cosas, la primera, que el agresor es un hombre adulto de más de 40 años para ese momento, tratando de besar a la fuerza a una niña de 11, es obvio que el procesado doblaba en fuerza y tamaño a su víctima quien por demás estaba completamente asustada ante la intempestiva agresión, por lo que es claro que por más que la menor esquivara el ataque del señor Betancur, este, con el tiempo que sabía que tenía antes de que el ascensor se detuviera y abriera, lograría darle al menos un beso. La segunda, considera esta Sala que, contrario a lo considerado por la defensa, no es que la niña se hubiese zafado fácilmente de los brazos del agresor, es que el ascensor se detuvo y abrió sus puertas, por lo que lo más probable es que Betancur disminuyera la fuerza que ejercía sobre su víctima ante la posibilidad de que alguien lo viera en semejante forcejeo con una menor, esto fue lo que aprovechó S.L.G. para soltarse y huir hacia su casa donde fue recibida por su hermano quien, minutos después abrió la puerta ante el llamado del acusado quien claramente no esperaba a nadie distinto de S.L.G., mostrándose sorprendido y nervioso por ver a Stivenson en casa.

En este punto debe insistir esta Sala en que, para efectos de acreditar la existencia de los actos sexuales, de manera fundamental se cuenta con el relato de la víctima, pues siendo un atentado contra la libertad y formación sexual de un menor, contrario a lo exigido por el censor, es normal que no existan testigos a los que les consten las situaciones constitutivas de abuso. Pero las demás pruebas practicadas en el Juicio nos aportan elementos de corroboración periférica, que permiten valorar la credibilidad del testimonio de la menor y establecer la veracidad de su relato.

Al respecto entonces, de cara a valorar la credibilidad del testimonio de S.L.G., habrá de señalarse que su declaración fue coherente, esto es, no incurrió en contradicciones internas, pues la versión que dio de los hechos a su hermano es la misma que dio posteriormente tanto a su madre como a su padre y que finalmente ratificó en el Juicio.

Adicional a la coherencia en el relato de la menor, su hermano Stivenson fue coincidente con S.L.G. cuando describió lo que directamente le consta sobre lo acaecido ese 28 de febrero de 2015, pues indicó que su hermana llegó a casa alrededor del mediodía, muy nerviosa y asustada, que minutos después tocaron a la puerta y era el vecino Carlos –lo describió y señaló directamente en el juicio- preguntando por un servicio de taxi que supuestamente había pedido su mamá. Afirmó el joven que fue evidente que Carlos se sorprendió y asustó cuando él le abrió la puerta, que su hermana le contó lo que le había ocurrido con este vecino y optaron por llamar a sus padres a contarles.

Los padres también acudieron a juicio y dieron una versión sustancialmente conteste con lo narrado por la víctima y, a la vez, por su hermano; Janeth María Gutiérrez Herrera, madre de la menor afirmó que en cuanto llegó ese día en horas de la tarde a su casa habló con su hija y de ahí subió a la casa de Carlos Arturo Betancur a hacerle el reclamo, ante lo cual este lo negó todo. La secuencia según la cual se dio este reclamo fue corroborada también por Lina María Betancur, hermana del acusado, quien afirmó en juicio haber oído la algarabía en casa de su hermano y madre y acudir de inmediato al inmueble.

En este punto es necesario que la Sala se pronuncie sobre el reparo que propuso el defensor, sobre la credibilidad que debía reconocérsele al testimonio de la menor S.L.G., de quien dijo que si bien no existían datos que dieran cuenta de una posible animadversión de la niña hacia el acusado, esto no descartaba completamente el que la menor pudiese tenerla. También propuso la defensa que quizás estos señalamientos se hubiesen dado por un problema anterior que habían tenido la madre de la víctima y la hermana del victimario.

De lo anterior, valga resaltarse el hecho de que la jurisprudencia ha establecido que existe duda razonable cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa, que si bien es cierto no debe ser demostrada en el mismo nivel de la acusación, sí debe encontrar un respaldo razonable en las pruebas, al punto de poder ser catalogada como “*verdaderamente plausible*”⁹. La concurrencia de hipótesis alternativas a la propuesta por el acusador, que puedan catalogarse como verdaderamente plausibles, puede generar duda razonable¹⁰, y emitir el correspondiente fallo absolutorio¹¹.

Empero, para esta Sala, esas afirmaciones no son más que meras especulaciones sin ningún sustento probatorio pues las argumentaciones no hacen prueba, siendo inverosímil el planteamiento de la defensa, pues no es razonable que por una supuesta discusión entre dos mujeres adultas, la madre de S.L.G. y la hermana del acusado –ni siquiera fue con él la disputa-, Janeth María hubiera manipulado a su pequeña hija de tan solo 11 años para ese entonces, determinándola a mentir incluso ante un Juez de la República con semejante incriminación hacia un inocente y gran vecino -según lo afirmaron las otras dos testigos de la defensa-, llevándola a mentir sobre un hecho tan grave, por tantos años y con las consecuencias nefastas que ello conlleva. Se itera, las pruebas de la defensa no permiten establecer o darle soporte alguno a la hipótesis alternativa que planteó en sus alegaciones finales de que podía tratarse de un inconveniente entre la madre de la menor y la hermana del acusado.

Pero, además encuentra la Sala, que la coherencia en el testimonio de la menor S.L.G., cuando describió en juicio la forma en la que fue abordada por su vecino, da cuenta de que no existía en ella ningún tipo de resentimiento hacia el acusado. Fue clara y espontánea en indicar que lo veía constantemente al salir o llegar del colegio, que jamás había tenido ningún inconveniente con él y que ese día ella iba entrando al ascensor, él le pidió que lo esperara y ella de manera inocente y sin malicia así lo hizo, esta

⁹ CSJ SP, 12 octubre 2016, rad. 37.175; CSJ SP, 28 julio 2021, rad. 58.687; CSJ SP 3823-2021, rad. 59.144 de 1º agosto 2021.

¹⁰ CSJ SP 1467-2016, 12 octubre 2016, rad. 37.175; CSJ SP 5295-2019, rad. 55.651 de 4 diciembre 2019; CSJ SP 4289-2020, rad. 55.906 de 4 noviembre 2020; CSJ SP, 28 julio 2021, rad. 58687; CSJ SP 3823-2021, rad. 59.144 de 1º agosto 2021.

¹¹ CSJ SP, 12 octubre 2016, rad. 37.175; CSJ SP, 4 diciembre 2019, rad. 55.651; CSJ SP 462-2020, rad. 56.051 de 19 febrero 2020.

afirmación de la víctima también da cuenta de que no existía en ella resentimiento alguno en contra del acusado no es lícito presentar hechos que no fueron parte del desfile de la prueba por lo que, si el defensor buscaba fundamentar la inocencia de su prohijado bajo el argumento de que la víctima tenía algún tipo de resentimiento en su contra que la hubiese impulsado a señalar a un inocente, debía acreditarlo.

Ha sido enfática S.L.G. en describir la forma como fue abordada y agredida por su vecino, el señor Carlos Arturo Betancur, las circunstancias de tiempo en las que se dio el abuso (que coincide con la hora de llegada de la niña del colegio) hacen completamente creíble su relato y acreditan que cuando contaba con 11 años de edad, fue víctima de una agresión sexual por parte de él, consistente en besos en boca y mejilla. También da soporte a su relato lo afirmado por ella en juicio de que sintió muchísimo miedo porque mientras el ataque ocurría ella solo pensaba en que él de pronto le iba a hacer algo más de lo que le hizo, como violarla.

En síntesis, encontrando la Sala a partir de la coherencia en el relato de la menor y la coincidencia de su testimonio con otras pruebas practicadas en la audiencia de juicio oral, que su dicho es completamente creíble y que lo probado acredita la existencia del hecho por el que fue acusado el señor Carlos Arturo Betancur.

4.3.3. Sobre la tipicidad de la conducta acusada.

Dice la defensa -en forma un tanto contradictoria con su argumento inicial de que el hecho no existió- que por la forma en como la menor describió el forcejeo al que se vio sometida por parte de su agresor, pues con el abrazo propinado por Carlos Arturo Betancur y los intempestivos besos en la mejilla y cuello, en los movimientos de la menor para eludir los besos “*en esos movimientos ampulosos sobre todo en la casa, sus labios pudieron quedar frente del rostro del besador quien aprovechó estamparle allí algún o algunos besos que, dígame lo que se quiera, no pudieron ser sino relámpagos. Mal podría afirmarse que esos últimos besos, dadas las circunstancias del forcejeo de la menor fueron sexuales, aunque sí violentos o forzosos, lo que habría derivado en una infracción distinta al delito por el que se acusó*”.

Continúa el censor arguyendo que la adecuación típica de la conducta punible es discutible en la medida en que “*objetivamente los besos no son sexuales*” y, entonces considera que era necesario profundizar en el cómo y dónde se dieron los besos para tildarlos de actos sexuales. Resaltó que consideraba “*estrambótico y exagerado*” que se diga que cualquier tocamiento a un menor sin su consentimiento constituye un acto sexual abusivo, pues está bien que los menores tengan privilegios constitucionales, pero sin exagerar.

Pues bien, habrá de precisarse que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció que por acto se entiende toda conducta que “*en sus fases objetiva y subjetiva, se dirige ... a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles ..., y se consuman mediante la relación corporal*”¹².

A su vez, recientemente en la sentencia con Radicado 52024 del 12 de agosto de 2020 el órgano de cierre puntualizó:

***“En resumen, los actos sexuales con relevancia típica son todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sea idóneo para conseguir este propósito. En consecuencia, actividades cuya connotación sexual obedezca, predominantemente, a las solas fantasías, impulsos o trastornos de su ejecutor, o que, según las «pautas culturales de la comunidad» no tengan esa naturaleza de modo inequívoco, no constituyen actos sexuales para efectos de la aplicación de la segunda conducta alternativa descrita en el artículo 209 del C.P., menos aun cuando la ilicitud de esta deriva de la sola percepción del acto por un menor. Por si fuera poco, esta postura es la que mejor se acompasa con la posibilidad real de demostración del dolo.*”**

La anotada conclusión no varía por el hecho de que el sujeto pasivo de la conducta sea un menor de 14 años ni porque se busque proteger la integridad y formación sexuales, pues los principios de tipicidad estricta y lesividad implican que el Derecho Penal sólo puede sancionar las conductas descritas en la ley (art. 10) que resulten idóneas para lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado (art. 11), como se desprende también de la regulación de la tentativa punible (art. 27). Esas garantías sustantivas mínimas integran el principio de legalidad y, por esa vía, hacen parte del núcleo esencial del debido proceso.

Así, la protección penal de los intereses superiores de los niños se realiza mediante la prohibición y sanción de -verdaderos- actos

¹² AP, Radicado 31715 del 27 de julio de 2009, reiterado en la SP15269-2016, del 24 de octubre de 2016, Radicado 47640.

sexuales que los involucren, entendiendo por tales los que efectivamente pueden lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de la integridad y formación sexuales. De esa manera, ninguna oposición se presenta entre la adecuada interpretación del artículo 209 del C.P., antes precisada, y la prevalencia de los derechos de los menores de edad (art. 44 *ibídem*), y, si es que aún se considerara que existe ese conflicto, dicho ejercicio hermenéutico pondera todos los principios en juego.” (Negrillas de la Sala)

En modo alguno puede decirse que la conducta realizada por Carlos Arturo Betancur en el *sub examine* haya tenido un ánimo distinto al libidinoso, recuérdese que desde que entabló una conversación con S.L.G. lo hizo exaltando lo linda que se veía con su uniforme procediendo a exteriorizar sus impulsos tomándola sorpresivamente por la fuerza –insistimos en que se trataba de un hombre adulto vs. una niña- e intentando besarla en la boca, que tal y como lo afirmó el defensor, los actos repelentes de la víctima hicieron que también le propinara besos en el rostro y cuello, pero el objetivo era claro, besar a la menor. Fue tanto el impulso que el acusado, tras la creencia errónea de que la niña se encontraba sola en casa, fue tras ella cuando esta logró zafarse y huir hacia su morada, viéndose sorprendido por la presencia del hermano de la víctima.

Ante la propuesta del defensor de que la conducta de su prohijado deriva en una infracción distinta al delito acusado porque, según él, los besos no tienen una connotación sexual, imperioso resulta para esta Sala precisar que en tratándose de menores de 14 años, dada su incapacidad para disponer libremente de su sexualidad, la jurisprudencia ha sido clara, pacífica y reiterativa en calificar dichas conductas dentro del tipo de actos sexuales con menor de 14 años y no como injurias por vías de hecho. Varios han sido los pronunciamientos en ese sentido¹³, así en una sentencia análoga con Radicado 34661 del 16 de mayo de 2012 la Sala de Casación Penal señaló que:

“En condiciones semejantes, pretender degradar la conducta imputada hacia un delito de “injurias por vías de hecho”, conforme lo plantea el censor, resulta desconocedor del juicio de tipicidad directo, inmediato y completo o pleno, por afectación de la libertad, integridad y formación sexuales, que elude cualquier alternativa en éste sentido y rechaza por ende la especulación tendiente a sostener una aparente concurrencia de menoscabo a la integridad moral de la menor que en este caso no tiene

¹³ Véase, entre otras, providencias como la 31715 del 27 de julio de 2009 y la 34899 del 18 abril de 2012.

cabida considerado el carácter eminentemente sexual de la conducta enjuiciada.

*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.*** (Negrillas de la Sala)

En este caso fue tal la afectación que ese momento tuvo en la menor que en juicio afirmó que creyó que él la iba a violar, contrario a lo planteado por la defensa, es claro que el comportamiento del señor Betancur iba encaminado a atentar contra la integridad sexual de la niña, no se trató de un comportamiento dirigido a injuriarla u ofenderla, sino que S.L.G. fue objeto de un acto de índole sexual que tenía como finalidad estimular sexualmente al sujeto activo de dicha conducta.

4.4. Para concluir, y en consideración entonces a la coincidencia y credibilidad que merecen para esta Sala las declaraciones de la menor víctima S.L.G., su hermano y sus padres, resulta inequívoco que Carlos Arturo Betancur obró dolosamente, afectando el bien jurídico de la libertad y formación sexual de la menor, adecuándose su actuar a la conducta descrita en el artículo 209 del Código Penal de Actos sexuales con menor de 14 años y no otra. Y, en consecuencia, la sentencia impugnada habrá de ser íntegramente confirmada.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2020, por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia que condenó a Carlos Arturo Betancur a la pena principal de 108 tras hallarlo autor penalmente responsable del delito de Actos sexuales con menor de 14 años.

Radicado:
Sentenciado:
Delito:

05260-60-00203-2013-02759
Carlos Arturo Betancur
Actos sexuales con menor de 14 años

Esta providencia se notifica en estrados y contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado