

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA – RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente: JULIÁN RIVERA LOAIZA¹

Pereira, Risaralda, noviembre tres (03) de dos mil veintitrés (2023).

Acta No. 1235

Hora: 3:47 pm

Radicación	761476000171 2013 00239 01
Sentenciado	Francisco Javier Betancur Bayer
Delito	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de catorce años
Juzgado de conocimiento	Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra sentencia del 13 de marzo de 2015

1- ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa² contra la sentencia emitida el 13 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira - Risaralda, mediante la cual se condenó a Francisco Javier Betancur Bayer como autor penalmente responsable por las conductas punibles de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneo y heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años*.

Es necesario indicar que quien actúa como Magistrado ponente de esta decisión fue nombrado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en propiedad, en el Despacho 003 de la Sala, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021) mediante Acta No. 094, recibiendo a esa fecha, un aproximado de cuatrocientos (400) procesos penales en conocimiento y ciento

¹ Nombrado en propiedad ante esta Corporación por la H. Corte Suprema de Justicia, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021) suscribiendo el Acta No. 094, dentro de los términos establecidos por la Ley.

² Dr. César Helcias Huertas Valencia, defensor público.

veinte (120) cuadernos de tutela de segunda instancia vencidos, dentro de los que se encontraba el presente asunto.

La razón por la que se adopta esta decisión solo hasta esta data, obedece a la gran cantidad de procesos de Ley 906 de 2004 (*con persona privada de la libertad*), próximos a prescribir que debían fallarse de manera inmediata, solicitudes de libertad, como también asuntos constitucionales que demandaron en su momento, mayor prioridad, de acuerdo al gran cúmulo de asuntos que se encontraban en el Despacho al posesionarse el suscrito.

Al momento de recibir el Despacho 003 fue necesario organizar el inventario de asuntos, pues el que había no obedecía a criterios que permitieran conocer la realidad del estado de la oficina, a lo que se suma que al atraso de varios años se sumaba que la mayoría de expedientes en materia penal no contaban con los registros orales de las audiencias respectivas, por lo que el Despacho tuvo que comenzar a requerir el envío de tales registros, lo que ha sido difícil y dispendioso, ya que muchos de esos registros corresponden a audiencias realizadas años atrás. A esto debe agregarse que muchos casos con personas privadas de la libertad estaban cerca de la prescripción de la acción penal, por lo que hubo que enfocar todos los esfuerzos en la atención de tales asuntos, en particular casos en los que las víctimas son menores de edad y los delitos imputados correspondían al título de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Y, como muchos asuntos penales que ingresaron desde el inicio de la pandemia correspondían a expedientes electrónicos, la organización del inventario conllevó la necesaria organización de estos asuntos y su revisión para saber su estado y si los mismos contaban con toda la información requerida para entrar a resolverlos con la decisión pertinente.

También hay que agregar que al anterior trabajo se sumó la actividad orientada a escanear los expedientes físicos para digitalizarlos y contar con los mismos en versión electrónica, lo que conllevó un trabajo de varios meses que tuvo que asumir el Despacho 003.

Lo anotado hizo que se prolongaran los tiempos para tomar las decisiones pertinentes en la mayoría de los asuntos, dado su mayor o menor complejidad, el volumen de la prueba, los intereses jurídicos involucrados y la naturaleza de los asuntos.

Debido a ello, y atendiendo a la congestión judicial que presenta el Despacho 003, se procede, en la fecha, a emitir una decisión sobre el asunto, en los siguientes términos.

2. ANTECEDENTES

2.1 El supuesto fáctico del escrito de acusación es el siguiente:

“Desde el mes de junio de 2012, hasta el día 15 de noviembre del año 2012, en reiteradas oportunidades el señor FRANCISCO JAVIER BETANCUR BAYER, realizó actos de relevancia y de significación sexual, en contra del menor de iniciales M.L.G, de 12 años de edad, acciones consistentes en realizar tocamientos con las manos, en las zonas íntimas del menor ofendido, accederlo carnalmente vía anal y oral, es decir introducirle el pene en el ano y boca al menor. En otras ocasiones el menor le tocaba el pene al señor BETANCUR y lo masturbaba. También el señor BETANCUR, le solicitaba al menor que lo penetrara vía anal, pero el menor no accedió a dicha petición. Estos hechos ocurrieron en la Hacienda Chapinero, ubicada en el kilómetro 16 vía Cerritos, donde funciona la empresa denominada INDUSTRIAS YACK-MAN, en la cual se trabajan pieles para convertirlas en cuero. En dicha hacienda vivía el menor ofendido con su familia. El señor FRANCISCO JAVIER BETANCUR era trabajador de dicha empresa y amigo de la familia del menor ofendido.

El último hecho ocurrió el día 15 de noviembre del año 2012, siendo aproximadamente las 10 de la noche, cuando el señor Eliécer Valencia Castro, sorprendió a su hijastro, el menor MLG de 12 años de edad, y a su casa, el señor FRANCISCO JAVIER BETANCUR, en una habitación de su casa, desnudos realizando actos de contenido sexual”.

2.2 El 9 de noviembre de 2013, se llevaron a cabo audiencias preliminares concentradas ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira, Risaralda, la Fiscalía le imputó cargos por el punible de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneo y heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años*, el señor Betancur Bayer no los aceptó. Por estos hechos le fue impuesta al imputado, medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

2.3 El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, despachó que adelantó la audiencia de formulación de acusación el 3 de febrero de 2014, vista pública en la cual se hizo corrección respecto de la dirección del lugar de los hechos indicando que ello fue en la vía Cartago-Pereira o Km 22 Pereira-Cartago (misma dirección). Así mismo, se indicó que el nombre correcto del padraastro de la víctima sería Eliécer Valencia Vásquez.

2.4 La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 6 de marzo de 2014. Posteriormente, ante el impedimento planteado por el titular del Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad, el proceso fue repartido el 4 de junio de 2014, al despacho siguiente en turno, es decir el Juzgado 6° penal del Circuito de Pereira.

2.5 El juicio oral se celebró el 28 de julio, 1° de agosto, 23 de septiembre de 2014, y 19 de enero de 2015, al término del mismo se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio.

2.4 La sentencia fue proferida el 13 de marzo de 2015. El defensor dentro del término oportuno interpuso y sustentó el recurso de apelación. Por su parte, la defensa se pronunció como no recurrente.

3. IDENTIDAD DEL PROCESADO

Francisco Javier Betancur Bayer, con cédula de ciudadanía 15.921.144 de Riosucio (Caldas), nació en la misma ciudad el 15 de marzo de 1973, hijo de Amparo y Salomón.

4. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA.

El Funcionario *A quo* decidió condenar al procesado por los cargos enrostrados teniendo en cuenta que, a su criterio, la prueba de cargo ofrecida y practicada en el juicio resultó contundente, pues no solo se contó con la versión del menor agraviado MLG, sino que además sus dichos se pudieron corroborar con la versión de su padrastro Eliécer Valencia Galvis testigo presencial del hecho, cuando pudo percibir de manera directa como al interior del cuarto del menor éste era sometido por el acusado, amén del testimonio de la progenitora del menor quien escuchó por parte del señor Valencia Galvis lo que había ocurrido.

Para, el juez de instancia dichas pruebas resultaron suficientes para impartir el fallo condenatorio, pues adicionalmente recibieron el aval del reo quien renunció a su derecho constitucional a guardar silencio para declarar en audiencia que sí sostuvo relaciones sexuales con el menor, aunque siempre lo consideró una persona mayor de 14 años.

Con fundamento en la versión del acusado, la defensa pretendió acreditar una causal de ausencia de responsabilidad, aseverando que éste siempre consideró que el joven con el que sostenía los encuentros sexuales era mayor de 14 años, por su aspecto y al denotar algún conocimiento sexual propio de una persona avanzada en esas lides de lo erótico, lo cual

simplemente se quiso fundamentar desde una apreciación empírica sin bases científicas sólidas.

Luego, sobre el error planteado por la defensa consideró el juez de instancia la carencia de seriedad, como que no estaría acompañado de un desarrollo argumental que releve alguna circunstancia extraordinaria que le haya impedido saber al acusado aquello que conoce cualquier ciudadano de su mismo entorno cultural, es decir, que no puede tener relaciones sexuales con niños, o niñas de esa edad y sobre los cuales el consentimiento no tiene ningún efecto para la ley.

Finalmente, sobre la supuesta manipulación en el menor por parte de su progenitora, quien solo vería a su hijo con fines de lucro, recalcó que la señora Olga Lucía León Galvis habría recibido por parte de la esposa del acusado una suma de dinero a título de indemnización o compensación por los daños infligidos al menor, pero de ahí no se podría determinar que lo este usando para ese propósito.

5. DEL RECURSO PROPUESTO

5.1 Defensa (recurrente).

Sustentó la alzada oralmente fundamentándose principalmente en los siguientes argumentos:

Consideró como desafortunado que, para Francisco Javier este proceso se trabó cuando él siempre estuvo por debajo de la Fiscalía General de la Nación, pues se hizo de tal manera que la igualdad de armas jamás estuvo de presente en el proceso, pues al revisarse las actuaciones Francisco Javier no tuvo la oportunidad de presentar ni un solo testimonio, ni una sola evidencia física, es decir, no pudo defenderse.

Ahora, se diría que en otrora el procesado estuvo representado por una abogada y que ahora está él como defensor, permitiéndose la controversia dentro del juicio oral y, eso es válido y cierto, pero es que en un sistema penal acusatorio donde por la jurisprudencia se ha cambiado la carga de la prueba, comprendiéndose la carga dinámica, por ello la defensa tiene que demostrar que su defendido es inocente cuando existe una garantía constitucional como lo es la presunción de inocencia. Por ello, ante la carga dinámica de la prueba Francisco Javier quedó huérfano y era válido que nos viniéramos a un juicio oral con lo que tenía la Fiscalía General de la Nación.

Señaló que ese recuento era insoslayable para aducir que, frente a la prueba dinámica aquí no se pudo demostrar lo que se pudo haber hecho desde el principio. En el juicio oral se recibió la declaración de la víctima, indicando que, para la supuesta fecha de los hechos, la cual nunca se determinó de que fecha fueron los hechos, era mayor de 12 años, y a nosotros un perito de medicina legal, Héctor Julián López en un examen médico legal sexológico nos dice, que era una persona de 1.65 M de estatura y de 48 Kg de peso.

Sí los H. Magistrados de la Sala Penal observan el video, cuando el menor ingresa a declarar se podrán dar cuenta que sin error a equivocarse la persona que ingresa como víctima refleja el día que rindió la declaración ser una persona mayor de 16 o 17 años. O sea que, sí es válido pensar con lo que nos dice un médico legista, porque ya prácticamente se estableció una tarifa legal, por lo cual al médico legista hay que creerle, entonces si Medicina Legal me dice a mí es que la persona mide 1.65 M y pesa 48 Kg le voy a creer y una persona de 1.65 es una persona muy alta para el contexto de nuestra región y es una persona que con 12 años refleja una edad superior a la que presentaba.

No pudo asimilar lo que el galeno dice sobre los hallazgos consistentes en una penetración anal antiguo o repetitivo, porque contra esta misma víctima existen y cursan en CAIVAS dos procesos más, como víctima, por lo cual no se puede asegurar como lo hizo la judicatura que su representado penetró analmente a la víctima, pues existen esos asuntos uno que se lleva en la Fiscalía 6 y otro en la Fiscalía 37.

Sí se analiza la declaración de la víctima la misma se torna evasiva, pues dice que no sabe donde estudia y vive, da una dirección que no es válida, luego indicó lo que le gusta y no le gusta, ya después cuando habla de la relación con Francisco, siempre habla de actos sexuales, dice que en alguna oportunidad intentó penetrarlo pero no lo hizo y habla de 2 o 3 ocasiones, no se sabe de dónde se tomó el hecho de la penetración para emitir condena por el acceso carnal cuando la víctima en su testimonio siempre habló de unos actos sexuales y de un intento de penetración únicamente.

A su juicio, inclusive la versión de la progenitora de la víctima intenta manipular el proceso por factores económicos al inclusive, recibir un dinero a manera de indemnización y, luego, como se probó, esta ciudadana formuló denuncia penal en contra de la señora Liliana Córdoba Mejía, pues supuestamente la estaba presionando para que cambiara toda la situación del proceso. A su juicio sí existe manipulación, pues cuando yo como ser humano

pretendo ir a un sitio frente a un juez a decirle esto fue indemnización y luego voy a la Fiscalía a decir que ese dinero lo recibí para otra cosa diferente, máxime que en los otros procesos también se va a demostrar que la señora hizo exigencias económicas. Ella tiene esto como negocio, porque indudablemente no se puede desconocer que aquí, la víctima desafortunadamente reconoció que le gusta el hecho, que goza con él y no lo rechaza. Y considera que ello es desgracia, porque hoy una persona de 15 años con esa definición sexual no es válida para un menor.

Señaló que él como defensor público, también debe abogar por los derechos de los menores, pero tampoco se puede desentender que cuando se manipulan las cosas se haga sordo a lo mismo. Se probó en el juicio que la señora Olga Lucia León si ha manipulado la situación y se ha lucrado de la situación que ella quiere hacer ver penosa de su hijo, al exponer los hechos, llorando armando un cuento y después a preguntas del señor Juez dice que recibió dinero por indemnización sin recordar que luego había ido a instaurar denuncia penal contra una señora que no le entregó dinero, manifestando que lo hacía para que cambiara su testimonio en el juicio.

Ahora, indicó que su representado tuvo el valor de reconocer esa relación en lo que se ciñe a unos actos sexuales con un menor que era un preadolescente, que por su contextura que reflejaba más de 15 años, era válido que su defendido cayera en ese error invencible, pues desafortunadamente él como defensor, no conoce la primera persona que vaya a tener un acto sexual y le pida a la otra persona su cédula o tarjeta de identidad, no la conoce hasta ahora, pues las relaciones afectivas brotan, el gusto, la empatía y de ahí la sexualidad surge espontáneamente.

Luego, solicitó que ante ese error invencible se revise bien el video y la declaración del menor, pues se podrá observar que hoy se trata de una persona de 16 o 17 años, ahora fue clara, contundente y concisa en decir me gusta y siento placer, lo cual indudablemente hace que Francisco Javier esté amparado por ese numeral 10º del artículo 32 del CP, por lo cual, ante el error de tipo su conducta no está reflejada en el Código Penal.

Y es que se nos dice, que existe una versión un psicólogo del cual conoce siempre las conclusiones a las que llega y siempre en sus pericias en el numeral 8º señala que puede ser la versión del menor lógico y coherente. Por lo cual esa pericia, como ha pretendido enmarcarlo la judicatura no puede ser palabra de Dios, pues debe entenderse la existencia del error invencible señalado.

Con fundamento en ello, solicitó la revocatoria de la sentencia condenatoria y la absolución de su representado pues, lo primero que se avizora es que lo probado resulta que lo existente entre su cliente y la presunta víctima fueron unos actos sexuales consentidos, sobre los cuales existe un error invencible de tipo, al reconocer su defendido la relación de orden sexual de tipo afectivo (no un acceso), pero bajo el error de que la persona era mayor de 14 años.

5.2 Fiscalía (No Recurrente).

Solicitó la confirmación de la sentencia condenatoria, argumentando que durante todo el proceso el señor Francisco Javier contó con la asistencia de un defensor quien lo estuvo representando y, las pruebas que fueron negadas en la audiencia preparatoria precisamente porque no resultaban porque no tenían relación con los hechos, para probar el error de tipo alegado en la audiencia de juicio oral por el señor defensor.

En cuanto al reconocimiento del procesado de haber sostenido relaciones sexuales con la víctima, es un hecho que no admite discusión; empero, que el menor aparentaba más de 14 años es una situación que no resulta cierta, porque el menor contaba con 12 años desde que empezaron a ocurrir los hechos. El señor Francisco Javier era conocido de la familia, muy amigo de la familia, querido por la familia y él mismo dijo en esta audiencia que lo conocían desde hace unos 4 años, es decir, conocía al menor desde cuando tenía 8 años de edad, como tenía tanto contacto con la familia sabía en que año escolar estaba.

Es cierto que el dictamen sexológico a la fecha de valoración 26/02/2013, es cierto que el niño tenía un peso de 48 kg y una talla de 1,65 M, pero es cierto que, como ocurre con su propio hijo que tiene 14 años, mide 1,68 y pesa 52 Kg; no obstante, el dictamen señala en cuanto a la edad aparente del menor, que el menor tenía una edad clínica aproximada de 13 años de edad, es decir que para el momento en que se le realizó la valoración aparentaba la edad que tenía. Igualmente, el menor se presentó a declarar en la audiencia de juicio oral y para la suscrita el menor aparentaba la edad que adujo tener al momento del testimonio.

Luego, en cuanto que el procesado se equivocó en la edad de la víctima, la Fiscalía consideró que ello no es cierto, atendiendo precisamente el dictamen sexológico al que hizo alusión el defensor. Ahora, que la defensa no entiende porque se profirió sentencia condenatoria por el acceso carnal abusivo, siendo que también quedó demostrado en la audiencia que la víctima le practicó sexo oral al procesado, lo cual fue señalado por el en su declaración cuando

advirtió que esto ocurrió en varias oportunidades, es decir que sí hubo penetración a la luz de la legislación penal.

Ahora, en cuanto que el menor fue manipulado por su progenitora, no es válido, pues el menor simplemente contó lo que había pasado, al ser sorprendido por su padrastro teniendo un acto sexual o una relación sexual con el acusado, revelándose ahí el secreto que derivó en la denuncia del caso que hoy se conoce. Ahora, hay un hecho que está demostrado y es que la mamá del niño no pretendía formular denuncia, y esta se hizo finalmente, porque al niño lo tuvieron que retirar del colegio y en ese momento cuando la mamá va es que al presionan para que formule la denuncia.

Es cierto que la mamá del menor recibió 5 millones de pesos, pero ella es una persona muy humilde, además que en la situación económica difícil en la que se encontraba era precaria, pues por lo ocurrido debieron salir de la finca donde laboraba y generaba el sustento económico, luego apareció una persona ofreciéndole ese dinero, es claro que lo recibió, pero que ello no tendría ninguna relación con los hechos.

En cuanto al dictamen psicológico donde aduce que el perito siempre señala en el punto 8 que el relato es lógico y coherente, ella indica que eso no es cierto pues ella tiene muchos dictámenes en su oficina donde el profesional dice lo contrario. Ahora, que el relato sea lógico y coherente no significa que tenga que ser verdadero, lo que ello significa es que conforme los demás elementos que tiene la Fiscalía es lo que permitió realizar la imputación y con los resultados de una sentencia condenatoria.

En esos términos, considera que no solo está demostrada la ocurrencia de la conducta delictiva sino también de la responsabilidad del implicado en esos hechos, deprecando la confirmación del fallo condenatorio.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia:

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2. Problema jurídico a resolver:

En atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala abordará el estudio de la materialidad de la conducta y la responsabilidad del acusado en la comisión del hecho que se le imputa, a partir de las pruebas recaudadas en el juicio por el funcionario de primer grado, que profirió una sentencia condenatoria. Lo anterior en el entendido que el defensor recurrió el fallo de primer nivel por considerar que no existía prueba suficiente para concluir más allá de toda duda la responsabilidad del penado en la comisión de la conducta por la cual fue acusado, pues inclusive advertiría la posible configuración de un error de tipo.

6.3. Consideración previa.

Antes de entrar en el estudio del asunto, para esta Sala de decisión resulta relevante analizar los postulados constitucionales y legales que se han establecido en materia de prescripción de la acción penal para los delitos *sexuales e incesto*, cuyo desarrollo afecta los intereses jurídicos de los **menores de edad** (*niños, niñas y adolescentes*).

La H. Corte Constitucional en diversos pronunciamientos³ ha precisado que *los niños, niñas y adolescentes* gozan de una especial protección a la luz del ordenamiento constitucional colombiano, pues el artículo 44 constitucional revela que sus derechos son prevalentes frente a los demás asociados, lo cual es reconocido en los múltiples instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, como son:

- i) La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, en la cual se dispone, en el artículo 3-1 que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.
- ii) El artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, ordena: *“se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”*.
- iii) El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, dispone: *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

³ Ver las sentencias de constitucionalidad C-840/2010, C-058/2018, C-250/2019, C-193/2020

En desarrollo de esos fundamentos constitucionales, el ordenamiento jurídico reconoce la existencia de dos principios que afianzan esa especial protección: (i) el principio de ***interés superior del menor***, “*que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*” y (ii) el principio ***pro infans***, considerado como “*un instrumento jurídico valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, frente a eventuales tensiones, debiendo escogerse la interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes*”

Por manera que, atendiendo esos postulados, el Estado colombiano incorporó al ordenamiento jurídico la **Ley 1154 de 2007**, cuyo propósito se establece en reducir los niveles de impunidad, lo cual no se aviene solo a actos de investigación sino también en materia de definición de responsabilidad, en aquellos casos donde se adecuen **delitos que transgredan la libertad y formación sexual de los menores de edad**, ampliando para ello el plazo a las víctimas de ese tipo de agresiones, para que puedan denunciar, inclusive, apenas alcancen la mayoría de edad.

Dicha ley incorpora el **inciso 3° al artículo 83 de la ley sustantiva penal**, el cual refiere: “*Inciso adicionado por el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007. Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad*”.

Se advierte entonces, que esa norma dentro de su objetivo comporta una finalidad específica, al evitar que opere el fenómeno de la prescripción de un delito sexual al no promoverse la denuncia por diversos factores, como el desconocimiento, el temor a la revictimización, temor a retaliaciones, desidia y desinterés, inclusive de terceros en denunciar los hechos, entre otros. Así mismo, esa norma se colige en otra excepción a la regla general de la prescripción de la acción penal consagrada en el artículo 84 del C.P., pues no se atenderá ese término desde la fecha de la ocurrencia de los hechos, sino, desde que la víctima cumpla la mayoría de edad.

Con fundamento en estas circunstancias, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos tales como SP8093 del 7 de junio de 2017, rad. 46882; SP16956 del 18 de octubre de 2017, rad. 44757; SP213 del 6 de febrero de 2019, rad. 50494; SP3027 del 31 de julio de 2019, rad. 55009; SP4529 del 23 de octubre de 2019, rad.

54192; y STP16574 del 3 de diciembre de 2019, rad. 108003, y en específico la providencia fundadora de línea, la **SP-16269 del 25 de noviembre de 2015, radicación 46325**, establece las reglas de interpretación jurisprudencial frente al **artículo 1° de la Ley 1154 de 2007**, de cómo opera el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal en este tipo de delitos, veamos:

“Recapitulando, todo lo antes expuesto puede sintetizarse de la siguiente manera:

I. La modificación que introdujo la Ley 1154 de 2007, artículo 1°, a los artículos 83 y 84 de la Ley 599 de 2000, implica que el término de prescripción de la acción penal frente a los delitos a los que se refiere esa disposición es de veinte (20) años contados a partir de cuando la víctima cumpla la mayoría de edad.

II. Durante ese lapso, puede la víctima denunciar (o un tercero) la ocurrencia del hecho, y el órgano encargado de la persecución penal ejercer sus funciones para el esclarecimiento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del suceso.

III. Si en vigencia del plazo señalado en el precepto, la Fiscalía General de la Nación materializa una resolución de acusación o la formulación de imputación (dependiendo del régimen procesal penal de que se trate), el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal se interrumpe y comienza a correr de nuevo por la mitad del término común indicado en la norma, es decir, tendrá una duración diez (10) años.

IV. Cuando se trate de asuntos rituados con las formalidades previstas en la Ley 906 de 2004, una vez emitida la sentencia de segunda instancia, el término últimamente aludido se interrumpe de nuevo, y comienza a computarse por un plazo de cinco (5) años.

V. En este último evento, respecto de las conductas punibles distintas a las señaladas en Ley 1154 de 2007, artículo 1°, la acción penal con posterioridad a la sentencia de segunda instancia prescribirá en un lapso no menor a tres (3) años ni mayor a cinco (5) años”. (énfasis de esta Sala de decisión).

Esa Alta Corporación en la aludida sentencia determina que, si el Estado adquiere conocimiento de la ocurrencia del delito y la Fiscalía, antes de que se venza el plazo señalado en la norma con ocasión de su función, adopta o materializa la emisión de un pliego de cargos en firme o formula imputación (*dependiendo del sistema procesal*), esos actos procesales equivalen a la consecuencia consignada en la ley, esto es, suspender o interrumpir el término extintivo de la acción penal por la prescripción, el cual empezará a correr de **nuevo por la mitad de veinte (20) años**, el cual es común indistintamente de los grados de participación (*autor, coautor, determinador, cómplice*) o cualquier aspecto que modifique los lindes punitivos, pues se itera, la *ratio legis* de la modificación al artículo 83 del CP, se aviene a evitar la impunidad en estos delitos, garantizando con medidas más efectivas el derecho a la justicia de los niños y de las niñas en el marco de los estándares derivados del derecho internacional de los derechos humanos, reafirmados por el bloque de constitucionalidad, es decir, ampliando el espectro temporal para que la investigación y el juicio se desarrollen en

pro de los derechos de las víctimas menores de edad, una interpretación diferente sería nugatoria del interés superior del menor.

Al sostener esa tesis, la Corte refirió: *(i)* está en armonía con los motivos expuestos por el legislador cuando promovió la reforma legal, *(ii)* desarrolla el mandato de índole superior previsto en el artículo 44 de la Constitución Política (*prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás*), *(iii)* atiende la garantía de tutela judicial efectiva o de acceso a la administración de justicia y *(iv)* es la que mejor obtiene el «*necesario equilibrio de los intereses contrapuestos en el proceso penal*». Es obvio que, en la pugna de derechos e intereses como la garantía del acusado a una actuación sin dilaciones, en un plazo razonable y el derecho del menor a una tutela judicial efectiva, el Alto tribunal acogió una interpretación que atiende ambos parámetros sin desconocer los intereses del menor, de conformidad al artículo 44 de la Constitución Política.

En ese mismo sentido, la Sala Mayoritaria de la H. Corte Constitucional en la Sentencia **SU-433 de 2020**, acogió la interpretación realizada por el máximo tribunal de la justicia ordinaria en lo penal, coligiendo:

“La Sala observa que la interpretación adoptada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el sentido de que se encontraba prescrita la acción penal en contra del señor Juan Carlos Sánchez Latorre, de ninguna manera se basa en una consecuencia jurídica que no se derive de la legislación penal. Por el contrario, en atención al término previsto en el artículo 86 del Código Penal, la autoridad accionada dio estricta aplicación a su literalidad, el cual advierte que, producida la interrupción de la prescripción, por haberse formulado la imputación, empezará a correr un nuevo lapso que no podrá ser superior a diez años. Por tanto, no se trata de una interpretación extraída al margen del ordenamiento jurídico que, además, sea abiertamente irrazonable o desatienda valores constitucionales.

Cabe anotar que, en sentencia SP-16269 del 25 de noviembre de 2015, radicación 46325, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el alcance del inciso tercero del artículo 83 del Código Penal, adicionado por la Ley 1154 de 2007, y sentó las siguientes reglas: (...)

En este contexto, concluyó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que, en relación con el término de prescripción de la acción penal en los delitos sexuales contra menores de edad, si el Estado adquiere conocimiento de la ocurrencia del supuesto típico, por la interposición de una denuncia, y “(...) el organismo competente antes de que se venza el plazo señalado en la norma (20 años contados a partir de la mayoría de edad del ofendido), con ocasión de su función adopta o materializa la emisión de un pliego de cargos en firme o formula imputación, tales actos procesales inaplazablemente generan o aparejan la consecuencia asignada en la ley[96], esto es, suspenden o interrumpen el término extintivo de la acción penal, el cual empezará a correr de nuevo por la mitad de veinte (20) años”.

Adicionalmente, al adoptar este criterio, el precedente consultó la voluntad del legislador con la expedición de la Ley 1154 de 2007, expedida con la finalidad de

garantizarle a las menores víctimas de violencia sexual, un plazo mayor para denunciar este tipo de conductas. Se buscó con ello que las personas que hayan sido intimidadas por su edad o porque no tenían plena conciencia de lo acontecido, puedan acudir al Estado, sin que en dicho tiempo se hubiese extinguido la acción punitiva del Estado. No obstante, se insistió en que, una vez formulada la imputación, se interrumpe el término de prescripción, y empieza a correr nuevamente por un tiempo igual a la mitad del inicial:

“es imperioso puntualizar que una vez la Fiscalía General de la Nación pone en movimiento sus atribuciones como titular de la acción penal en busca de la declaración judicial de responsabilidad del presunto agresor del menor, ya sea antes de que éste cumpla la mayoría de edad o con posterioridad a ese hito (sea cual fuere el medio por el que tuvo conocimiento del suceso delictivo), y en desarrollo de esa potestad materializa alguno de los actos procesales con incidencia en la extinción de la facultad sancionadora del Estado, esto es, la resolución de acusación (Ley 600 de 2000) o la formulación de imputación (Ley 906 de 2004), el término de prescripción se interrumpe por mandato expreso de la ley, y debe comenzar a correr de nuevo por lapso determinable, el cual no es otro que el de la mitad de veinte (20) años, plazo especial y común fijado por el legislador para las referidas conductas punibles”.

Así, contrario a lo afirmado por el accionante, la interpretación cuestionada no incurrió en un defecto sustantivo por indebida interpretación y aplicación de los artículos 83 y 86 del Código Penal. Ello se refuerza por lo dispuesto en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, de acuerdo con el cual la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de imputación y, una vez ella se ha producido, “comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal”, el cual para este caso corresponde a diez años, y ya se encontraba fenecido. De haberse continuado con la actuación penal en esas condiciones, se habría incurrido en desconocimiento del principio de legalidad, se habría quebrantado el derecho fundamental al plazo razonable en la duración de los procesos, y se habría desconocido flagrantemente el límite temporal del ejercicio del poder punitivo del Estado. (...)

(...) De otra parte, tampoco le asiste razón al accionante, en el sentido de que no se ha considerado el interés superior del menor, pues es claro que el legislador estableció un régimen especial, en el inciso tercero del artículo 83. Como se adujo con anterioridad, el Congreso de la República cuenta con un amplio margen de configuración legislativa en materia penal y debe fijar los precisos términos en los que una persona se encuentra sujeta al poder punitivo del Estado. De manera que, si la intención de los parlamentarios hubiese sido la de modificar la regla de la interrupción del término prescriptivo de la acción penal, se debió haber procedido a modificar el artículo 86 del Código Penal y no limitarse a adicionar el artículo 83 ibidem, como en efecto se hizo. Esto con mayor razón, si se tiene en cuenta que en materia penal rige el principio de legalidad en sentido estricto, aunado a que, como ya se puso de presente, las normas sobre prescripción hacen parte del núcleo esencial del debido proceso, y constituyen un límite importante al ejercicio del poder punitivo del Estado. A mayor abundamiento podría decirse que si fuera correcta la hermenéutica ensayada por el accionante, lo razonable hubiera sido que el legislador hubiese tenido tales delincuencias, por imprescriptibles”. (énfasis de esta Sala de decisión).

Esta decisión, si bien fue emitida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, tiene 4 salvamentos de voto, por lo que podríamos colegir que no es pacífica la postura frente al cómputo del término de prescripción de estos delitos, especialmente porque se trata de un tema sensible que incluso está articulado al conjunto de normas del derecho internacional de los derechos humanos que regulan el concepto del interés superior de los niños en el ámbito

de los procesos judiciales. En todo caso, esta Sala es consciente que el criterio mayoritario es el que constituye precedente para casos análogos, pues los salvamentos de voto tienen el único efecto de identificar una importante diferencia de opiniones de algunos magistrados con el pensamiento de la mayoría, pero la regla jurídica en torno al precedente permite establecer que es la decisión mayoritaria la que rige a futuro en casos análogos.

En razón de ello, esta Sala atendiendo que la voluntad del legislador fue la de consagrar un régimen especial de prescripción para estos delitos, al punto de que actualmente se ha avanzado en la consolidación de un régimen especial con la implementación de la imprescriptibilidad de la acción penal, quiere significar que en el marco de las últimas reformas legales es más claro aún que no habrá interrupción de prescripción de la acción penal para estos delitos, pero también sabemos que esta última regla regirá para casos ocurridos a partir de su entrada en vigencia.

Como puede observarse, la regulación legal no es clara en este tema y ello ha originado diferentes posturas interpretativas que tratan de dar cuenta del alcance de la disposición y la manera de contabilizar los términos de prescripción, pero es claro que, en materia de precedentes, a pesar de la existencia de diferentes opciones interpretativas, los tribunales de cierre han optado por acoger una de esas tesis y, a la luz de esta no hay duda que dichos precedentes rigen la presente decisión y este Tribunal no puede sino aplicarlos.

Así las cosas, aterrizando en el caso en concreto, se tiene que los hechos objeto acusación (2012) devienen cuando la menor tenía 12 años de edad, lo cual permite dar aplicación a la modificación del término prescriptivo de la acción penal conforme lo establece la Ley 1154 de 2007, pues según los cargos enrostrados, el señor Francisco Javier Betancur Bayer al parecer realizó actos libidinosos al menor MLG (*nacido el 13/12/1999*).

Luego, atendiendo las reglas jurisprudenciales indicadas y conforme la imputación de cargos que se efectuó el **9 de noviembre de 2013**, aun cuando la víctima no había alcanzado la mayoría de edad, el término prescriptivo se interrumpió, contabilizándose por diez (10) años desde esa fecha. En ese sentido, se advierte con claridad que esta instancia se encuentra habilitada para desatar el recurso de apelación propuesto.

6.4 Decisión de la Sala.

Un principio esencial del sistema es aquel según el cual para proferir sentencia condenatoria *“se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad*

penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio". Para llegar a una conclusión de responsabilidad o inocencia es indispensable la **apreciación conjunta de la prueba**, luego de realizar la respectiva crítica individual a cada uno de los medios de prueba, tal como lo establece el artículo 380 de la ley 906 de 2004.

Es necesario precisar que, el recurrente sustenta su disenso a efectos de lograr la revocatoria del fallo condenatorio, teniendo en cuenta la valoración de los medios de convicción objeto del debate público. Para tal efecto, debemos indicar que en el desarrollo del juicio oral la Fiscalía y la defensa, según los registros del acto procesal, presentaron un acuerdo de estipulaciones para considerar demostrado los siguientes hechos o circunstancias relevantes:

i) Plena identidad del acusado;

ii) Identidad de la víctima menor de edad;

Una vez expuesta la teoría del caso por la Fiscalía y la defensa, amén del acuerdo de estipulaciones probatorias, se pasó a la presentación de la **prueba testimonial de cargo** que consistió en las declaraciones de: i) menor víctima MLG; ii) Marcela Loaiza Loaiza psicóloga docente; iii) Héctor Julián López Mejía, médico del INMLCF; iv) Eliécer Valencia Vásquez; v) Olga Lucía León Galvis, progenitora de la víctima y vi) Jaime Robledo Vélez, psicólogo INMLCF.

Por su parte, la defensa presentó como testigo al acusado quien renunció a su derecho constitucional a guardar silencio.

Es de tener en cuenta que en esta oportunidad se procedió por las conductas punibles descritas en los artículos 208 y 209 del C.P., en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”.

“ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.”

6.4. De la responsabilidad de Francisco Javier Betancur Bayer.

En lo relativo a las pruebas relacionadas con la responsabilidad del procesado **Francisco Javier Betancur Bayer** por las conductas del artículo 208 y 209 del C.P., advierte la Sala desde ya que, atendiendo su valoración, lo procedente es confirmar la decisión de primer grado, pues en efecto se advierte de manera diáfana la responsabilidad del encartado en esos hechos, sin que se advierta justificación alguna como se expondrá seguidamente.

De lo visto de la actuación procesal se advierte que, la decisión del juez de instancia se circunscribió a considerar como la Fiscalía en el curso del juicio oral acreditó la materialidad de las conductas punibles y la responsabilidad del enjuiciado a partir de 2 elementos de juicio muy concretos como son la declaración del menor víctima **MLG** y del ciudadano **Eliécer Valencia Vásquez**, quienes de manera directa, el primero como víctima y el segundo como testigo presencial, quien además corroboró la información suministrada por el agraviado señalaron directamente a **Francisco Javier Betancur Bayer** de transgredir su libertad e integridad y formación sexual, sin que pudiese entenderse configurada bajo ningún circunstancia un eximente de responsabilidad penal.

Por otro lado, la defensa, presentó como argumentos de disenso: i) el desequilibrio en el principio de igualdad de armas al que se ató a su representado, entendiéndose por este Tribunal que tal cuestionamiento se realiza por una aparente falta de defensa técnica; y ii) a partir de los medios de convicción la estructuración de un error de tipo invencible, pues el enjuiciado reconoció haber tenido comportamientos de orden sexual con la víctima, pero bajo el convencimiento de que este era un menor cuya edad superaba los 14 años.

En ese orden de ideas, antes de ingresar al análisis probatorio debemos detenernos muy puntualmente en el primer reproche del defensor, el cual vía apelación se tornó débil y carente de una argumentación suficiente que nos permitiera tener mayores elementos para considerar una posible nulidad por violación a garantías fundamentales como la falta de defensa técnica conforme lo establece el artículo 457 del CPP; sin embargo, esta Corporación de la revisión de lo actuado puede considerar que esa pretensión no tendría vocación de prosperar bajo los siguientes argumentos.

Recordemos que, en nuestro actual sistema procesal penal establecido en la Ley 906 de 2004, las causales de nulidad de la actuación se encuentran desarrolladas en el título VI, denominado *ineficacia de los actos procesales*. Así, el artículo 457 de la Ley 906 de 2004,

consagra que el desconocimiento del derecho a la defensa o al debido proceso en aspectos sustanciales da lugar a la declaratoria de la nulidad de la actuación; empero, jurisprudencialmente se ha establecido que la ineficacia del acto procesal, se encuentra condicionado al cumplimiento de los principios que rigen su declaratoria, los que debe concurrir en su totalidad en atención precisamente, a que la nulidad se torne procedente cuando el yerro no pueda ser emendado de otra forma.

Respecto a la procedencia de las nulidades y sus principios, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, reiteró en la providencia AP4668-2022:

*“La nulidad sólo procede por los motivos expresamente previstos en la ley (**principio de taxatividad**); quien alega un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (**principio de acreditación**); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (**principio de protección**); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (**principio de convalidación**); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (**principio de instrumentalidad**); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (**principio de trascendencia**) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (**principio de residualidad**)”* (Negrillas fuera de texto original)

Bajo estos postulados es claro que la intención demarcada por el reparo del defensor no está llamada a prosperar, pues, en primer lugar, se verificó en los registros de audiencia y en efecto, esa pretensión ya había sido desechada por el juez de instancia; no obstante, hoy podemos observar que el procesado sí contó con una defensa activa, quien en el curso de la audiencia preparatoria realizó las solicitudes probatorias que consideró en su momento se ceñían a demostrar su teoría defensiva. Ahora, es claro que en un sistema de partes las postulaciones que se realicen están supeditadas al cumplimiento de unas cargas argumentales, máxime en lo relativo a la admisibilidad de las pruebas a practicar en el juicio oral, lo cual debe superar el análisis de pertinencia que, para el caso en concreto no ocurrió, al inadmitirse los elementos de juicio presentados.

También debe decirse que, el planteamiento del defensor no cumple argumentativamente con el principio de trascendencia sobre la ineficacia de los actos procesales, como que no indicó puntualmente cual de esas pruebas echadas de menos afectaron la teoría defensiva.

Ahora, tampoco es admisible considerar que por el cambio de representante de la defensa y por existir disparidad de estrategias defensivas se deba brindar una mayor ponderación a una sobre la otra para entenderla más benéfica a los intereses del encartado.

Tampoco podemos soslayar que, la Fiscalía conforme sus atribuciones constitucionales y legales, es quien debe fundamentar sus señalamientos con los elementos de convicción necesarios en virtud del desarrollo de un programa metodológico serio, encaminado a la construcción de una teoría o tesis de cargo que en últimas debe ser demostrada en el juicio.

Es por ello, que el artículo 8° de la ley 906 de 2004, establece que el acusado y su defensor no están obligados a ofrecer prueba alguna, pues este precepto está articulado al principio de *presunción de inocencia* y a la exigencia constitucional que tiene la Fiscalía de probar, ***más allá de duda razonable***, los elementos de la responsabilidad; otra cosa es que, cumplida esa exigencia, si la defensa considera la proposición de una teoría fáctica alternativa a la del ente acusador, haga uso de las herramientas probatorias que la constitución y la ley regulan para acreditar la situación de hecho sobre la que descansa su teoría del caso (*presentar elementos probatorios o controvertir las pruebas de cargo a través de medios de impugnación o a través del conainterrogatorio*). Pero una cosa es esto y otra pretender que tal circunstancia conlleva una especie de distribución de las cargas procesales probatorias, a la manera de los procesos judiciales de otras áreas del derecho, en las que es entendible que se establezcan reglas particulares sobre distribución de la carga de la prueba en ciertos casos y bajo ciertas premisas.

En materia penal, la Fiscalía tiene la carga de la prueba sobre los presupuestos de la responsabilidad penal (*tipicidad, antijuricidad y culpabilidad*), de modo que si cumple esa carga y presenta prueba suficiente que los demuestre, en tal caso habrá derrotado al acusado, sería vencido en juicio y, no resultaría otro el camino que emitir un fallo condenatorio. Ora, si el ente persecutor no cumple tal cometido, bien porque la prueba que presenta es débil o insuficiente o bien porque la defensa mostró que su teoría alternativa se acredita con prueba que ofreció para ser controvertida, en dicho caso será la Fiscalía la vencida llevando a la absolución del encartado (*Cfr. H. Corte Suprema de Justicia en providencia del 8 de septiembre de 2015, radicado 39419*):

“La presunción de inocencia, en la forma como lo establece expresamente el ordenamiento procesal penal y lo corroboran diversos tratados de derechos humanos, constituye regla básica en cuanto a la carga de la prueba, ya que le corresponde al Estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, probar que “una persona es responsable de un delito, produjo

el daño, o participó en la comisión del mismo, lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori”. (Cfr. Corte Constitucional sentencia C-205-03).

En efecto, los incisos segundo y tercero del artículo séptimo del Código de Procedimiento Penal, con claridad precisan que “corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal, y que “En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”. Es decir, el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, pues es función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino en su realización y es penalmente responsable. Así lo ratifican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14-2) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 8-2).

(...) Se tiene, de esa manera, que en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito. Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor. “Esto es así, porque ante la duda de la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio de in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.” (Sobre el punto, véase Corte Constitucional sentencias C-252-01, C-774-01, C-416-02, y C-205-03.).

Dado que la carga de la prueba de responsabilidad no puede ser invertida, tampoco admite someterla a las reglas de la carga dinámica de la prueba. (...)

El Código General del Proceso (art. 167), establece el principio general según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y, en forma excepcional, faculta al juez para que de oficio o por solicitud de parte, según las particularidades del caso, pueda distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

No obstante, esta tesis no es de recibo en el proceso penal si se trata de demostrar los elementos del delito y su conexión con el acusado (prueba de responsabilidad), por así prohibirlo de manera clara y contundente el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, el cual fija en el órgano de persecución penal la carga de la prueba de responsabilidad, en desarrollo del artículo 29 Superior y los tratados de derechos humanos suscritos por Colombia, que garantizan la presunción de inocencia durante todo el trámite del proceso hasta la sentencia en firme que la desvirtúe.

De admitirse su empleo para el fin anotado (acreditar responsabilidad), además de transgredir al ordenamiento, se romperían los pilares del modelo de enjuiciamiento acusatorio alusivos al equilibrio entre las partes, la igualdad de armas, y la dirección de la causa por un juez imparcial sin iniciativa probatoria, pues acorde con la definición legal (art. 167 C.G.P), a través de ese principio se le asignaría la facultad de imponer al acusado el deber de demostrar la materialidad del delito y su responsabilidad, cuando considere que ese sujeto procesal se halla en mejores posibilidades de hacerlo que la Fiscalía.

Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones, de manera que si, por ejemplo, propone una coartada, debe procurar para la actuación los medios de prueba que acrediten su ubicación a la hora de los hechos, en un lugar diferente al de la ejecución, ya que la simple manifestación de

ausencia, resultaría insuficiente para desvirtuar la imputación que le haga la Fiscalía como autor o partícipe de la ilicitud. Igual diligencia se le exigirá si frente a la acusación propone la existencia de causales eximentes de responsabilidad, pues debe emplearse en demostrar los supuestos de hecho que las actualizan. La Fiscalía, por su parte, procurará negar la existencia de esas circunstancias.

En todos esos eventos, se activa el principio general de la incumbencia probatoria, de conformidad con el cual le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico...”. (Subrayado de esta Sala de decisión).

Luego, en el asunto *sub judice*, podemos anticiparnos a indicar que la Fiscalía presentó unos elementos probatorios pertinentes en torno al señalamiento directo del encartado, por lo cual la defensa sí hizo uso de una hipótesis alternativa para tartar de demostrar una causal justificante del hecho, aspecto que sin lugar a dudas hace parte del ejercicio de defensa técnica a favor del enjuiciado.

Colorario a lo anterior, debemos comprender que, para soportar la tesis inculpativa, el ente acusador basó su teoría en el testimonio de la víctima **MLG** (*de 12 años al momento de la ocurrencia del hecho*) y de la corroboración periférica ceñida a la declaración de otro testigo presencial de los hechos, es decir el padrastro del menor, el señor **Eliécer Valencia Vásquez**, amén de la propia declaración del acusado.

En este punto, resulta válido recordar como precepto general, la importancia de la prueba testimonial, pues al tenor del artículo 383 del C.P.P., toda persona está obligada a rendir bajo juramento la declaración que se le solicite en el juicio oral o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales. En ese sentido, el testimonio que se vierta en la actuación debe constar por la inmediación del juez, garantizándose el derecho a la confrontación, amén de caracterizarse por el conocimiento personal y directo que hubiese tenido la posibilidad de observar o percibir con los sentidos el declarante. En ese orden, vale la pena traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia al respecto⁴.

“Ahora bien, el régimen de procedimiento penal colombiano –artículo 402 de la Ley 906 de 2004-, exige por principio general, el conocimiento personal directo que de los hechos debe tener el testigo al señalar que éste «únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir», rigiendo por tanto el principio de inmediación en materia probatoria que requiere que el contenido de la declaración se circunscriba a lo visto o escuchado de forma personal y sin intermediarios, para no romper la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción”.

En otro pronunciamiento precisó:

⁴ Sala de Casación Penal, Auto de 25 de mayo de 2015, radicado AP2768-2015. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

“Además de satisfacer los principios en mención, precisa la jurisprudencia de la Corte⁵, la declaración debe cumplir también la exigencia del conocimiento personal contemplada en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, al amparo del cual el testigo sólo podrá deponer sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.

*Significa lo anterior que, en el nuevo sistema procesal penal, por regla general, la declaración para que pueda ser considerada en el fallo debe reunir los siguientes requisitos: i) practicarse en el juicio oral y público ante el juez de conocimiento, ii) garantizarse el derecho a la confrontación, y iii) el testigo debe referir aspectos que haya observado o percibido en forma directa”.*⁶

Luego, la prueba testimonial en Colombia es un medio válido de discernimiento o juicio que procura la acreditación de unos hechos específicos. En ese sentido, el conocimiento que las víctimas de un injusto puedan tener de los hechos investigados, resulta plausible como medio probatorio, debiéndose someter a las mismas reglas de apreciación de la prueba testimonial, pero con unas delimitantes específicas.

Al respecto, la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado⁷:

“De esa manera, como también lo ha señalado la Delegada, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son: a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último. b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones.

*En síntesis, debe procurarse que el testigo use sus propias palabras en la manifestación de su percepción y conocimiento, se le debe permitir que redacte- oralmente- su respuesta y la emita con su propio léxico, dentro de su peculiar psicología; “la declaración del testigo debe retratar su autenticidad, personalidad, grado de cultura, falta de interés en torcer la verdad. (...) Es deseable que el deponente redacte claramente sus respuestas; revele la personalidad, sin intérpretes de su pensamiento. Los testimonios se aprecian cualitativamente, buscando concordancias, disparidades, hará integrar un estado mental de convicción”*⁸.

*Testimonio exacto. Que el testimonio sea exacto, significa que coincida plenamente con lo percibido y recordado por el testigo, solo en tal medida se acercará a la verdad o correspondencia entre la realidad -lo sucedido- y lo declarado; pero además la exactitud exige que la expresión tenga las características de puntual, fiel y cabal...”*⁹.

⁵ Cfr. casación del 27-02-13 Rad. 38773

⁶ Sentencia de 9 de octubre de 2013, Radicado 36518, M.P. JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ

⁷ Sentencia de 7 de septiembre de 2005, radicación 18455

⁸ IRRAGORI DIEZ, Benjamín, Curso de Pruebas Penales, ob. Cit. P.72 –Oralidad: Testimonios Interrogatorios y Contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio, p.234

⁹ Oralidad: Testimonios Interrogatorios y Contrainterrogatorios en el Proceso Penal Acusatorio, p.235

Así, analizando las circunstancias puntuales del caso en concreto, se avizora de manera diáfana que el testigo víctima **MLG** de primera mano, fue quien puso en conocimiento de terceros el presunto comportamiento sexual ejercido en su contra, por lo cual sería aquella persona quien tendría el conocimiento suficiente para desvelar con detalles lo ocurrido.

Tiénesse entonces que, al investigarse delitos sexuales, por regla general se comprenden como comportamientos de aquellos que se realizan a “*puerta cerrada*” en la clandestinidad¹⁰, pues se busca por el sujeto activo espacios, momentos u oportunidades para ejecutar las acciones libidinosas sin ser sorprendido, dada la intrínseca intimidad que conlleva comportamientos de esa naturaleza, sin que ello no implique que un tercero pueda darse cuenta de los hechos de manera concomitante o inclusive posterior (*entendiéndose ese momento cuando se advierte a la víctima desvincijada o con características de una agresión de esta naturaleza, viendo huir al presunto infractor, o inclusive viéndolo en el lugar del hecho después de la ocurrencia del mismo*) o escuchando a viva voz por la víctima quien fue su presunto agresor.

Frente a las declaraciones de las víctimas de delitos sexuales, la ley de procedimiento penal establece los criterios de valoración sin hacer distinción entre los que provienen de personas adultas y de menores de edad, entre los cuales enuncia:

“... los principios técnicos – científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.¹¹”

Luego, el papel de la víctima de un delito de connotación sexual adquiere especial importancia, pues de primera mano es la persona que puede proporcionar los datos sobre los aspectos de modo, tiempo y lugar de como ocurrieron los hechos, inclusive, al ser el único testigo, señalando de manera directa al autor del punible, si su conocimiento personal conlleva a esa posibilidad. Ahora, si bien es cierto, todos los medios probatorios deben analizarse en conjunto, en el caso en concreto, existe una característica en la víctima que determina la valoración de su testimonio de forma especial, conforme los protocolos y procedimientos establecidos en la ley, amén de otros factores que la jurisprudencia ha denominado “*elementos de corroboración periférica*” y

¹⁰ Delitos a puerta cerrada - CJS SP7326-2016, radicación 45585. – Ver también, Corte Suprema de Justicia en Sala Penal, sentencia SP086-2023 del 15 de marzo de 2023, M. P. Hugo Quintero Bernate, radicación No. 53097 en la cual se señala que, aunque la clandestinidad sea uno de los aspectos que caracteriza este tipo de delitos, esto no imposibilita que en la práctica pueda corroborarse el dicho de la víctima, si ello es necesario.

¹¹ C.S.J - S. Penal -SP5290—2018, radicación No.44564, 5 de diciembre de 2018. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

ello corresponde a la edad del agraviado (*por ser menor de edad*) al momento de la ocurrencia del hecho y/o cuando rinde su testimonio en el juicio.

“En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual ; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...)

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”¹². (Subrayado de esta Sala de decisión).

De la misma manera ha dicho la Corte Constitucional que:

“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, **aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo ‘normal’ el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de ‘derecho’ sobre el cuerpo del menor.**¹³” Subrayado de esta Sala de decisión.

Colorario a lo anterior, en materia de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, de conformidad al artículo 44 de la Carta Fundamental y los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano, se establece que aquellos prevalecen sobre los derechos

¹² Definición traída por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia bajo radicado 43866 del 16 de marzo de 2016 - SP3332-2016, MP. Patricia Salazar Cuellar.

¹³ Sentencia T-554/03.

de las demás personas, imponiendo cargas en la sociedad que se circunscribe a la familia y al mismo Estado para que se ejerzan con eficacia.

“Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental –que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.”¹⁴

En materia penal, si bien existe una protección reforzada frente a estos derechos y garantías, la misma no resulta absoluta, pues no se pueden preservar aboliendo los derechos fundamentales del procesado, por lo que se exige que se adelante una rigurosa investigación, inclusive, atendiendo los parámetros incorporados desde la perspectiva de género.

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia señaló:

“La Sala es consciente del deber estatal de obrar con debida diligencia para proteger a las víctimas especialmente vulnerables, pero también lo es de que ello debe hacerse, principalmente, a través de una investigación rigurosa, sin perjuicio del deber de adelantar estos trámites con perspectiva de género. En todo caso, la protección de los derechos de los niños -y de cualquier otra víctima- no puede hacerse a través de la abolición de los derechos del procesado, pues estos también están contemplados en la Constitución Política y en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637, entre muchas otras)”¹⁵.

Luego, todos estos razonamientos nos obligan a asimilar que **la versión de la víctima menor de edad se entiende como un medio válido de conocimiento**, el cual debe ser apreciado conforme los criterios generales de *racionalidad, la sana crítica y la valoración probatoria en conjunto*¹⁶, a efectos de que ese raciocinio esté libre de cualquier sesgo cognitivo por prejuicios, estableciéndose la credibilidad o no que pueda darse a la información suministrada.

¹⁴ Corte Constitucional sentencia T-260 de 2012.

¹⁵ Sentencia del 23 de junio de 2021, radicación 52.171 – SP2541 -2021, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

¹⁶ Sentencia SP849-2020 del 11 de marzo de 2020, radicado 53755, M. P. Eyder Patiño Cabrera. “*Cuando se trata de delitos sexuales perpetrados sobre menores de edad, la Corte ha hecho énfasis en la necesidad de examinar su testimonio de manera sosegada y ponderada bajo el tamiz de la sana crítica, atendiendo no solo lo depuesto en juicio, sino ello en conjunto con sus declaraciones anteriores, debidamente incorporadas al debate oral a través de los mecanismos de impugnación de credibilidad o refrescamiento de memoria, o incluso, frente a aquellas que solo tengan el carácter de referencia, a efectos de determinar su credibilidad* (cfr CSJ SP4329-2019, rad 50825; CSJ SP791-2019, rad 47140; CSJ SP 2709-2018, rad 50637 y CSJ SP14844-2015, rad. 44056).

En esa línea, será necesario constatar una serie de características en su narración, referidas a la manera en que describe y ofrece los detalles del abuso, la forma en que representa el contexto en el que se produjo y las eventuales contradicciones o vacíos que contenga su relato.

“(…) en lo que toca con la credibilidad de los relatos ofrecidos por niños abusados sexualmente, la Sala ha sostenido, además, que «puede existir una tendencia a narrar lo realmente acontecido, en tanto la magnitud de lo padecido marca de manera más o menos fiel sus recuerdos y de la misma forma los narran»; pero también, que ello no significa que aquellos no puedan faltar a la verdad y «que, por ende, siempre ha de creérseles sin mayor explicación». Por consiguiente, es imperioso valorar sus dichos «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» (CSJ SP7326-2016, rad. 45585. En igual sentido, CSJ SP, 7 dic. 2011, rad. 37044).

Así las cosas, es forzoso analizar las circunstancias que rodean su declaración y cotejar ésta con los demás medios de convicción recaudados, al amparo de las reglas de la sana crítica, a efectos de verificar su grado de credibilidad y veracidad. El funcionario tendrá que explorar, entonces, atendiendo los principios técnico científicos, su percepción, su memoria, la naturaleza de lo percibido, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello tuvo lugar, la forma de sus respuestas y, entre otras circunstancias, el interés que pudieran tener en el caso concreto¹⁷. Énfasis de esta Sala de decisión.

Teniendo en cuenta las anteriores pautas y como ya lo habíamos indicado, la versión del joven **MLG** otorgada en el juicio, se articuló con los demás medios de prueba ofrecidos por la Fiscalía donde se estableció que, en efecto, el procesado sí tuvo relaciones de tipo libidinoso con él. Ahora, ese echo no admite discusión alguna, pues no fue censurado por la defensa, como que el mismo procesado reconoció la existencia de este tipo de relaciones; empero, atándolas exclusivamente a actos sexuales.

La censura del opugnante se aviene, en primer lugar, a señalar que acceso carnal no existió pues, lo indicado en el informe médico legal sexológico del 26 de febrero de 2013, da cuenta de un hallazgo consistente en trauma penetrante anal antiguo o repetitivo, que en su criterio no podría señalarse como responsabilidad del enjuiciado, pues la víctima no atestiguó sobre la existencia de relaciones sexuales vía anal con el señor Betancur Bayer.

Es claro que el menor reconoció en su testimonio haber sido abusado sexualmente por tres hombres, lo cual podría dar lugar a plantear la duda razonable que señala la defensa; sin embargo, el menor refirió que uno de ellos era el acusado (ver minuto 27:36).

El joven adujo claramente que los hechos ocurrieron cuando tenía 12 años, indicando que en primer lugar el señor Francisco le tocó sus partes íntimas, por lo cual se sintió incomodo, pero

De igual manera, la Sala ha señalado que, en esa labor judicial, no se puede dejar de lado que, cuando el testigo agrega o precisa algunos aspectos puntuales relacionados con el acontecer delictual, ello por sí solo no torna inverosímil o mentirosa su declaración ni “puede equivaler a la falta de veracidad, pues ello encontraría una primera explicación en el paso del tiempo, ámbito propicio para rememorar u olvidar un hecho”. De cualquier manera, es imperioso tener en cuenta que los aspectos que se dejen de contar o que se añadan no sean trascendentes y se restrinjan tan solo a detalles, no al hecho en sí mismo, porque, de ser así, su credibilidad estará socavada”. (Subrayado de esta Sala de decisión).

17 Cfr. Sentencia SP9508-2016, Rad.: 47124 del 13 de julio de 2016.

luego sintió placer por lo cual se dejó realizar dichos tocamientos. Refirió que ese tipo de comportamientos siguieron sucediendo recurrentemente, casi todos los días, **“él me tocaba mis partes íntimas, me decía que le hiciera sexo oral y que me dejara hacer sexo anal el cual no le veía inconveniente, entonces yo lo hacía”** (ver minuto 29:39).

Esta versión, a diferencia de como lo quiso mostrar la defensa, sí tiene un señalamiento claro de que el enjuiciado accedió carnalmente vía anal al menor. Ahora, el hecho de que en una de tantas ocasiones no se hubiese podido realizar el acceso y así lo relatara el menor, se circunscribió fue a resaltar el enojo del acusado por ese evento y la intimidación que el niño recibió por ello, aspectos que claramente se compaginan a los hallazgos del informe pericial.

Ahora, olvidó el defensor que, los *hechos jurídicamente relevantes* establecidos desde la imputación, también referían de la penetración del miembro viril por vía oral, lo cual fue reconocido por la víctima en su versión. Frente a ello, es crucial la intervención no sólo del menor al desvelar la recurrencia de los actos y accesos carnales, sino también, del hecho específico ocurrido en el mes de junio de 2012, cuando fueron sorprendidos (víctima y victimario) cuando el menor le realizaba sexo oral al acusado. Recordemos que fue el señor **Eliécer Valencia Vásquez** quien observó que, al interior de su propia casa, en un cuarto el niño le practicaba sexo oral al hoy enjuiciado, quien al verse sorprendido emprendió la huida del lugar, inclusive, dejando algunas pertenencias.

Para esta instancia judicial, la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del enjuiciado emergen con absoluta claridad pues, aunque se trataran de comportamientos de orden sexual consentidos, bajo ningún punto de vista el consentimiento del menor de edad, en este caso al tener menos de 14 años, sería válido a la luz de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“La presunción de que trata los artículos 208 y 209 del Código Penal (en el sentido de que el sujeto pasivo de la conducta es incapaz para ejercer libremente su sexualidad) (i) tiene que ser de pleno derecho, no solo porque es irrefutable, sino en razón del interés superior del niño y la especial protección que debe brindársele (por lo que jamás admitirá prueba en contrario, ni estará sujeta a valoraciones relacionadas con el comportamiento del menor); (...)”¹⁸.

Bajo esa misma línea argumentativa, debemos señalar que tampoco se logró demostrar el error de tipo bajo el que pretende ampararse la defensa, consistente en señalar que el menor aparentaba una mayor edad a la que en realidad poseía, es decir que, el agraviado no reflejaba ser una

¹⁸ Decisión del 20 de octubre de 2010, rad. 33022, reiterada en la SP4573-2019, rad. 47234.

persona con una edad inferior a los 14 años, elemento normativo descrito en los artículos 208 y 209 de la norma sustantiva penal, pues en este caso como bien lo precisó la no recurrente, existen elementos probatorios incorporados al juicio, que demuestran como el supuesto error no era invencible y, por lo tanto, superable.

Recordemos que el error de tipo se establece en el desconocimiento de uno o varios de los presupuestos esenciales del tipo objetivo descrito en la norma penal, según la H. Corte Suprema de Justicia, se traduce una falsa percepción de la estructura del delito, y este se presenta cuando el sujeto activo actúa bajo la convicción errada e invencible de que su acción u omisión no concurren las exigencias necesarias para que el hecho se adecue a la descripción típica, y en la actuación no se acreditan los elementos que llevan a reconocerlo en beneficio de los acusados.

“Este tipo de error, hoy en día recogido por el artículo 32-10 de la ley 599 de 2000 como causal de ausencia de responsabilidad, encuentra configuración, como lo tiene dicho la Sala (Cfr. sentencia 14 de marzo de 2002, Rad. 14254), cuando el agente tiene una representación equivocada de la realidad, la cual, por tanto, excluye el dolo del comportamiento por ausencia del conocimiento efectivo de estar llevando a cabo la prohibición comportamental contenida en el tipo cuya realización se imputa, y que, según la concepción del delito de que se participe, conduce a tener que declarar la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo en la ejecución de la conducta delictiva que no admite modalidad culposa, o la ausencia de responsabilidad por estar contemplado el error como motivo que rechaza el dolo, para cuyo reconocimiento es necesario que sea absoluto, socialmente insuperable o invencible”. (Cfr. Radicación 38.254, decisión del 4 de julio de 2012).

Así las cosas, en primer lugar, se tiene un concepto clínico o científico determinado por el galeno adscrito al INMLCF, Dr. Héctor Julián López, en el informe pericial médico legal sexológico del 26 de febrero de 2013, cuando refirió que:

“G. ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES.

MLG, sexo masculino, con edad clínica aproximada de 13 años (...)

Como puede verse, al momento del examen médico legal que se realizó en el 26 de febrero de 2013, el profesional determinó a través de su estudio una edad clínica **circunscrita a 13 años**, lo cual dista mucho de las elucubraciones y apreciaciones subjetivas que hoy tare a colación el defensor, argumento entre otras cosas de principio o circular carente de fundamento, ideado por

apreciaciones propias que no tienen sustento, don reiteró la defensa que el menor parecía al momento de la declaración en el juicio de una edad mayor a la que en realidad tenía.

Y es que, el enfoque que pretende dar el defensor resulta muy alejado de la realidad y al no tener fundamento ingresa en el campo de la especulación, pues desde la ocurrencia de los hechos (2012), al momento en que el menor rinde su declaración (2014) ya había transcurrido un tiempo considerable (dos años) donde es muy probable que el joven empezara con un mayor desarrollo corporal, que diera esa imagen aparente de más edad a los ojos del defensor, pero que no desvirtúa el análisis clínico realizado.

Adicionalmente, se dejó claro por los testigos Olga Lucía León Galvis y Eliécer Valencia Vásquez que el acusado era un amigo de la familia de vieja data (2 años aproximadamente) al trabajar en la misma hacienda donde ellos vivían, por lo cual, sí tenía la posibilidad de conocer que el menor abusado no era un adolescente con edad superior a 14 años cuando de manera reiterada lo abusó sexualmente, pues también se acreditó que los dos tenían un buen trato y dejando de un lado de los vejámenes sexuales, sí tenían un trato de cordialidad y amistad.

Finalmente, en lo correspondiente a que la progenitora del menor lo ha cosificado supuestamente para obtener un provecho económico a su favor, no es un argumento serio que tenga la potencialidad de derrocar todo el cúmulo probatorio, encaminado a fundamentar los señalamientos directos analizados pues, aun cuando se pudiera hablar hipotéticamente de una intención tan execrable, ello no desdibuja la existencia de los abusos sexuales realizados en contra del infante.

De conformidad con lo dicho en precedencia esta Sala de decisión concluye que el fallo impugnado debe ser confirmado, pues en efecto, sí se contaba con el mérito suficiente para proferir la sentencia condenatoria por los cargos enrostrados.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de marzo de 2015, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se condenó a **Francisco Javier Betancur Bayer** como autor penalmente responsable por las conductas punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneo y heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años, atendiendo las consideraciones de la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: LÍBRENSE las comunicaciones a las autoridades correspondientes.

TERCERO: Notifíquese el contenido del presente proveído a través de los medios virtuales dispuestos para tal fin, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 163 inc. 3° del Código de Procedimiento Penal y artículos 2° y 8° de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022. Contra la misma procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Firma electrónica)
JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado

(Firma electrónica)
MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

(Firma electrónica)
CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA
Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6f5305339ab3f23b7ec8f2531c354c750ab112385e015878b75bb187233c49ee**

Documento generado en 07/11/2023 11:36:56 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>