



## **SALA DE DECISIÓN PENAL**

Medellín, cinco (05) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

<b>RADICADO</b>	<b>05001-60-00206-2011-72487</b>
<b>PROCESADO</b>	<b>R. R. R. R.</b>
<b>DELITO</b>	<b>ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO DOCE PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN</b>

MAGISTRADO PONENTE:

**DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**

Proyecto aprobado en Sala del veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), mediante Acta Nro. 21 y leído en la fecha

### **1. ASUNTO A DECIDIR**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el Dr. Luis Roberto Herrera Espinosa, en calidad de defensor público del señor R. R. R. R., contra la sentencia condenatoria proferida el 5 de agosto de 2015 por el Juzgado Doce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín (Antioquia).

### **2. HECHOS**

El 10 de noviembre del año 2011, a eso de las 3:50 pm, en el aeroparque Juan Pablo II de la ciudad de Medellín, los estudiantes de primero de primaria del colegio Hernando Barrientos Cadavid, se encontraban disfrutando de un día de recreación junto con su profesora y un familiar adulto, por tratarse de menores en situación de discapacidad mental, cuando unos vigilantes se percataron de que un joven -que estaba en un Kiosco a 6 metros de distancia- en compañía de una niña, la estaba tocando en sus partes íntimas y dándole besos en el cuello.

RADICADO: 05001-60-00206-2011-72487  
PROCESADO: R. R. R. R.  
DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS

En vista de lo anterior, los vigilantes resolvieron hacerles un seguimiento y alertar a la maestra Martha Liliana Tobón Gómez, que los acompañó para ver que estaba pasando, cuando observaron que el señor **R. R. R. R.** conduce a su hermana menor **M.A.R.R.** de 9 años de edad hasta una manguita para ver el aterrizaje de los aviones y allí le sigue dando besos y caricias, luego se la lleva a la parte trasera de la piscina de olas, cerca al cuarto de máquinas y allí la arrincona contra la pared para comenzar a besarla en la boca de forma apasionada. En ese instante interviene la maestra quien se lleva a la niña, mientras que su hermano es conducido por los vigilantes a las oficinas del parque, donde se dió aviso a las autoridades y a su madre.

### **3. RECUENTO PROCESAL**

El 11 de noviembre de 2011, ante la Juez Veintiocho Penal con función de control de garantías de esta ciudad, se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura; así mismo se le formuló imputación al señor **R. R. R. R.** como autor del delito de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO**, no obstante, éste no se allanó a los cargos. En esa misma fecha, se dejó en libertad, toda vez que la Fiscalía declinó de la solicitud de medida de aseguramiento.

Presentado el escrito de acusación, le correspondió el conocimiento al Juzgado Doce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, ante el cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral. Finalmente, el 05 de agosto de 2015, se profirió sentencia condenatoria en contra del acusado, la cual fue impugnada por la defensa.

### **4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA**

El Juez Doce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, luego de hacer un recuento de las estipulaciones y de las pruebas practicadas, concluyó que en este caso, la Fiscalía demostró -no solo- la configuración de los elementos objetivos del tipo, esto es, la existencia de los actos sexuales diversos al acceso carnal cometidos en una menor de

RADICADO: 05001-60-00206-2011-72487  
PROCESADO: R. R. R. R.  
DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS

edad, sino la responsabilidad del acusado, en tanto se probó que este actuó con dolo, habida cuenta que sabía que estaba realizando actos erótico sexuales en una menor de edad, que con ello afectó su libertad, integridad y formación sexual y que su conducta es culpable pues tenía conocimiento de la ilicitud de su actuar, tanto así que buscó lugares donde ocultar su comportamiento lascivo.

En ese orden, emitió sentido de fallo condenatorio en contra del procesado, imponiéndole una pena de 12 años de prisión como responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravados y una pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término similar a la pena principal. Por último le negó cualquier tipo de subrogado penal por expresa prohibición de la ley de infancia y adolescencia.

## **5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

Inconforme con el fallo de primera instancia, el defensor del procesado apela el mismo, afirmando que en su sentir no se llegó al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad del acusado y que la valoración integral de la prueba en forma debida conduce a un fallo absolutorio. Para ello, plantea cuatro situaciones básicas:

En primer lugar, afirma que desde la narración de los hechos se advierten las inconsistencias surgidas en el juicio, tales como el testimonio de la maestra de la niña que dice que sorprendió al procesado cuando besaba en la boca a la niña.

En segundo lugar, cuestiona las incongruencias del testimonio del vigilante de las piscinas, pues este dijo haber visto los tocamientos a menos de 6 metros, cuando se probó que entre la garita donde estaba y el kiosco donde supuestamente ocurrieron los hechos hay más de 20 metros; que solo se veían las cabezas de las personas sentadas por lo que es poco probable que viera cuando supuestamente le introdujo las manos en la vagina a la niña; que afirmó haber abandonado su puesto de trabajo para avisarle a su

compañero cuando este dijo que le informaron el radio de comunicaciones y que dijo que iba a almorzar cuando ya eran pasadas las 3 de la tarde.

En tercer lugar, critica la declaración del supervisor quien afirmó ver cuando el procesado le daba besos en las orejas, las mejillas y la acariciaba por los senos, olvidando que se trataba de una niña de escasos 9 años, sin formación física alguna de sus glándulas mamarias, entonces no entiende a cuáles senos se refiere, entre otros aspectos.

En cuarto lugar, expresa que según la maestra de la niña sorprendió al procesado dándole un beso en la boca a la niña como de novios, cuestionando que esta no haya increpado por las costumbres de la familia, donde un hecho como este puede ser normal, en vez de considerarse libidinoso, eso sin mencionar que no se demostró que la niña padeciese algún retardo mental, que su comportamiento luego de los hechos siguió normal e incluso no recordaba haber ido de paseo al aeroparque y que nadie le había tocado sus partes íntimas.

Concluye diciendo que no se demostró la realización de ningún comportamiento sexual por parte del procesado que sea punible por nuestro ordenamiento jurídico, en consecuencia, se debe revocar el fallo condenatorio y absolversele de todos los cargos.

## **6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Doce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, despacho que profirió la providencia enervada.

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si el valor suasorio que el A quo les otorgó a los testigos de la fiscalía, resulta suficiente para predicar el conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad del acusado, o si como lo dice el recurrente, el presente caso no se probó el abuso sexual que supuestamente padeció la menor,

RADICADO: 05001-60-00206-2011-72487  
PROCESADO: R. R. R. R.  
DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS

sino que todo es producto de una confusión y del desconocimiento de las costumbres afectivas de la familia.

Comencemos por señalar que –en relación con el primero de los requisitos que demanda el artículo 381 del la ley 906 de 2004, relativo a la existencia de la conducta punible, contrario a lo planteado por el recurrente, se tiene que los actos sexuales de los que fue objeto pasivo la menor M.A.R.R. se encuentran debidamente acreditados, a través de la prueba testimonial compuesta por las declaraciones de los señores Alex Mauricio Sánchez Rivera, Luis Adolfo Arias Flórez y Martha Liliana Tobón Gómez, quienes fueron testigos presenciales de los diferentes tocamientos y actos erótico sexuales realizados por el acusado en la ofendida, quien valga resaltar es su hermana menor.

En efecto, según afirmó en el juicio oral el señor Alex Mauricio, el 10 de noviembre de 2011 se encontraba en el Aeroparque Juan Pablo II desempeñando su labor de salvavidas en la garita (o torre de vigilancia) de la piscina de olas, cuando observó que en uno de los kioscos cercanos un joven al parecer estaba manoseando una niña pequeña, dándole besos en el cuello e introduciéndole al parecer la mano en los genitales. En vista de esa situación, llamó por radio a su supervisor, el señor Luis Adolfo Arias, para reportarle dicha irregularidad.

Refiere que a los pocos minutos se fue a almorzar, mientras su jefe continuaba con la vigilancia del sujeto, y después este lo llamó a decirle que el joven y la niña se habían ido para un morrito cercano a divisar los aviones y que, en efecto, vio que este seguía besando y acariciando la niña. Refiere que volvió al lugar y mientras su superior buscaba a la maestra, vio como el procesado se llevaba a la menor hasta el cuarto de máquinas y una vez allí la arrinconó contra la pared y empezó a tocarla y manosearla, cuando iba a intervenir apareció la maestra y su jefe y detuvieron al acusado.

La versión anterior, fue corroborada por el señor Luis Adolfo Arias Flórez, quien lleva 10 años laborando como coordinador de piscinas en el Aeroparque Juan Pablo II, quien refirió que ese día estaba trabajando como

siempre cuando su compañero Alex le reportó que en uno de los kioscos había un joven con una niña y al parecer la estaba manoseando. Refiere que cuando fue a investigar, noto que el joven le daba besitos a la niña en las orejas, las mejillas y le acariciaba el pecho, luego cuando la llevó a ver aterrizar los aviones la volvió a besar en la boca y le acarició los senos, que no eran muchos, pues se trataba de una menor de escasos 10 años. En vista de ello fue a buscar a la profesora del grupo y cuando le mostró al joven ella se sorprendió porque era el hermano de la niña. Finalmente los siguieron hasta el cuarto de máquinas y ahí vieron cuando este arrinconó la niña contra la pared y empezó a besarla como si fueran novios, momento en que el reaccionó la profesora, que llamó a la niña, mientras ellos llamaban a la policía.

Por último, declaró la señora Martha Liliana Tobón Gómez, licenciada en educación especial y docente del Presbitero Hernán Barrientos Cadavid de Aranjuez. Relata que esa institución educativa es exclusiva de niños en situación de discapacidad y con necesidades educativas especiales. Comenta que la menor M.A.R.R. era su alumna en el curso de primero de primaria, que llegó con un diagnóstico de retraso mental leve y que a medida que transcurrió el tiempo notó que también sufría de memoria de corto plazo, a pesar de que aparentaba ser normal.

Cuenta que el 10 de noviembre de 2011 hicieron un paseo al Aeroparque Juan Pablo II con aproximadamente 150 niños, los cuales debían ir acompañados por un pariente mayor de edad. En el caso de M.A., esta fue con su hermano R. R. R. R. y todo estaba transcurriendo con normalidad, cuando en horas de la tarde fue abordada por uno de los vigilantes del lugar, quien le dijo que había un muchacho con una niña con el uniforme del colegio, que les estaba haciendo seguimiento porque la estaba manoseando y cuando llegan al sitio donde estaban por detrás de la piscina de olas, pudo ver como el hermano de esta la besa en la boca, pero no de forma fraternal, sino como un beso entre novios, un beso apasionado. Inmediatamente ella llamó a la niña y le dijo que se fuera para donde ella, mientras que el acusado lo único que le dijo fue ¿y yo que hice? Expuso también, que conocía al procesado porque en ocasiones iba a recoger a la

niña al colegio, que nunca tuvo ningún inconveniente con él, que cuando habló con la madre de la menor, estaba enojada, indignadísima con la institución y se limitó a llevar y recoger la niña.

Como puede observarse, estas tres personas pudieron observar desde diferentes lugares y ángulos, los tocamientos eróticos que el procesado le propinó a su hermana a lo largo del parque recreativo, procurando siempre escoger sitios alejados donde pudiera desatar su líbido sin ser cuestionado por terceros. Ahora bien, la niña fue llevada al Instituto Nacional de Medicina legal, donde la doctora María Elia Brand Arango le practicó el examen de rigor, consignando en la anamnesis lo que la niña le narró, concretamente que su hermano R. R. R. R. la había llevado a ver aviones y le dio un beso en la boca. En cuanto al examen físico, dijo que era una niña que no tenía vida sexual activa, que no había tenido su primera menarquia, que su pecho tenía una ligera elevación de la papila, lo que significa que eran unos senos de preadolescente, en cuanto a los genitales encontró que el himen era anular e íntegro, no dilatado ni elástico, no había desgarros ni laceraciones, lo que demuestra que no había sido desflorada. Concluye diciendo que la niña estaba tranquila y en actitud colaboradora, que la madre de la menor le dijo que sufría de retardo mental leve, que por eso le llamó la atención que a la edad de 9 años estuviera cursando primero de primaria y que ese retardo podía afectar la memoria de la pequeña, porque estos niños no ponen mucha atención y olvidan con facilidad lo que les ha sucedido.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos señalar que las declaraciones de los testigos de cargo, se corresponden fehacientemente con lo narrado por la niña a la médica legista y si a esto se suma la edad que tenía al momento de los hechos (9 años para el 10 de noviembre de 2011) se puede inferir razonablemente la existencia del punible consagrado en el artículo 209 del Código Penal, agravado por el numeral 5 del artículo 211 *Ibíd.*, cuyas normas rezan lo siguiente: “ *el que realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales incurrirá en prisión...*”

RADICADO: 05001-60-00206-2011-72487  
PROCESADO: R. R. R. R.  
DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS

*“Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:*

*5). La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.*

Corolario de lo expuesto, es claro que –contrario a la manifestación del recurrente sobre la ausencia del hecho punible- para la Sala se demostró la existencia de los elementos objetivos del tipo penal básico, por el cual la Fiscalía formuló acusación en contra del procesado, y con ello, el primer presupuesto que reclama el artículo 381 de la ley 906 de 2004, en punto a la existencia del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

En cuanto al segundo de los requisitos que refiere el artículo 381 de la ley 906 de 2004, esto es la responsabilidad del procesado, es procedente abordar la misma, desde las presuntas inconsistencias que refiere el apelante. Lo primero que debe señalarse es que la defensa, concentró su actividad en cuestionar los testimonios de los testigos presenciales, evidenciando supuestas incongruencias en sus declaraciones, en especial, lo relativo a las distancias desde las cuales percibieron los hechos y lo referente a las demostraciones de afecto y las costumbres propias del hogar.

Sobre el particular, considera la Sala que la oposición de la defensa a la valoración efectuada por el A quo carece de fundamento, en primer lugar, porque así haya inconsistencias entre las distancias desde donde los testigos presenciaron los hechos, lo cierto es que las mismas resultan irrelevantes para desvirtuar su responsabilidad, en la medida en que cada uno de ellos presenció de forma personal y directa, los diferentes tocamientos de connotación erótica que el acusado le prodigó a su hermana menor. Es decir, independientemente de que hubiesen 6, 10 o 20 metros de



distancia entre la garita y el kiosco, lo cierto es que la percepción inicial del salvavidas del lugar, fue corroborada con el testimonio del coordinador de las piscinas y de la maestra de ella, cuando le hicieron seguimiento al joven y a su hermana a través del parque, pudiendo observar los besos y las caricias que le daba y sorprendiéndolo en el momento en que la arrinconaba contra una pared y la besaba apasionadamente, aprovechando lo aislado y escondido del sector.

Por otro lado, estamos hablando de tres personas, que no conocían desde antes al procesado, que no tenían ningún interés o motivo para perjudicarlo involucrándolo en semejante acusación, pero cuya reacción ante la presencia del manoseo y demás actos sexuales, se corresponde con la posición de garante que tenían en ese momento. Obsérvese que tanto el salvavidas como el coordinador del parque, expusieron que su función no se limitaba a custodiar los usuarios de las piscinas, sino que era velar por el bienestar de todas las personas del parque, por ello ante la anomalía registrada procedieron a investigar, advirtiendo que, en efecto, se estaba ante la comisión de un ilícito penal. Igual sucedió con la señora Martha Liliana, pues si bien le era físicamente imposible estar pendiente de más de 150 menores de edad, por su posición de maestra de la menor, al ser advertida de la situación se apersonó del caso, y tras ver lo que estaba pasando llamó en forma inmediata a la niña para que estuviera a su lado, aleándola de su pariente y manteniéndola bajo su cuidado, hasta que se cumplió el trámite ante las autoridades y la entregó a su progenitora.

En este punto, es preciso analizar la reacción de los miembros de la familia y del directo involucrado, la cual resulta bastante cuestionable, ya que, si bien no es lógico que, ante la revelación del abuso sexual cometido en una víctima con las especiales condiciones de la menor ofendida, la madre reaccione en forma agresiva y mostrando su enojo indicando que se trata de un montaje; cuando lo usual es que acudiera a las autoridades, en este caso particular, el procesado es otro hijo suyo, porque lo que en su condición de progenitora de víctima y victimario, debe resultarle muy difícil tomar posición en uno y otro sentido. Adicional a ello, las reglas de la experiencia señalan que cuando se presentan delitos de contenido sexual al

interior de un grupo familiar, es normal que los parientes guarden silencio, se retracten de la denuncia, o testifiquen a favor del acusado, algunos incluso le atribuyen el hecho a la imaginación de los niños, sin embargo, en este caso, los esfuerzos de esta resultaron inanes frente a lo observado por los testigos directos del hecho.

Por otro lado, es bastante ilustrativa la actitud asumida por el acusado en el instante en que fue sorprendido por la maestra y los vigilantes del parque recreativo; pues ante su inminente flagrancia, lo único que hizo fue agacharse y cogerse la cabeza con ambas manos, lo que indica que sabía de antemano que lo que le hacía a la niña era incorrecto, de lo contrario, esto es, de tratarse de una simple costumbre familiar, como lo indica el censor, habría justificado su actuar ante los presentes, señalando que era una muestra de afecto común en su grupo familiar.

Sin embargo, esa situación en particular no es tan cotidiana, como lo afirma la defensa, todo lo contrario, si se analiza con detenimiento el testimonio de la víctima y se confronta con los demás medios de prueba, por ejemplo, con la declaración de la funcionaria del CTI que la entrevistó después del suceso o con la médica legista, se advierte que a pesar de que la menor, padece de un retraso mental leve y de memoria de corto plazo, cuando fue entrevistada inicialmente por la segunda de ellas, es decir, el mismo día del hecho, narró en forma tranquila y despreocupada que *“su hermano R. R. R. R. la llevó a ver los aviones y allí le besó la boca”*, no obstante al mes siguiente, ya no recordaba nada de lo sucedido, ni el paseo, ni la maestra, a duras penas contestó las preguntas de la funcionaria del CTI en forma monosilábica, pero sin ofrecer ningún dato concreto de lo sucedido.

En esa medida, así la menor padeciese de memoria a corto plazo, si en su familia fuese costumbre prodigarle besos y las caricias, la niña se lo habría contado a la psicóloga porque estaría fijo en sus recuerdos (habida cuenta que la memoria a corto plazo puede convertirse a largo plazo, mediante un proceso de repetición y asociación significativa) pero ello no fue así. Además, no puede dejarse de lado las manifestaciones de la menor, cuando refirió que su hermano R. R. R. R. vivía con una tía y a veces iba a visitarlos, lo que evidencia que este compartía en forma esporádica con

M.A.R.R. y no residían bajo el mismo techo, por lo que no es dable afirmar que los besos en la boca y los tocamientos que le proporcionó a su hermana, eran producto de una tradición en el grupo familiar.

En cuanto al argumento de falta de lesividad incoado por el recurrente, según el cual, las caricias en el pecho que el acusado le practicó a su hermana no buscaban la satisfacción de su libido (dada la falta de desarrollo físico y hormonal de la niña) sino que obedecen a una demostración de afecto, se advierte que dicha afirmación, lejos de contribuir a desvirtuar el hecho, lo único que hace es ratificar lo sucedido y evidenciar el desconocimiento del apelante de la legislación vigente sobre la protección prevalente de los niños, niñas y adolescentes, en especial cuando son sujetos pasivos de delitos de connotación sexual.

En efecto, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional ha insistido en que la protección especial de los menores de edad es un aspecto de gran relevancia constitucional. El Constituyente de 1991 (artículo 44) se cuidó en consagrar y garantizar no sólo la índole fundamental de sus derechos y su prevalencia sobre los derechos de los demás, sino también la protección de la cual deben ser objeto. Por ello estableció el compromiso que tiene la familia, la sociedad y el Estado de asistir y protegerlos a fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Esa protección es aún más profunda y significativa a nivel internacional. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1</sup>, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica<sup>2</sup> prevén que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

En el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce la falta de madurez física y mental del niño y se establece, en consecuencia, la necesidad de protección y cuidado especiales, incluso la debida

---

<sup>1</sup> Artículo 24.

<sup>2</sup> Artículo 19.

protección legal tanto antes como después del nacimiento. En dicho instrumento se impone que las medidas que adopten los tribunales y las autoridades legislativas, entre otras, deberán considerar primordialmente el interés superior del niño<sup>3</sup>, y se compromete a los Estados para que adopten medidas legislativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico, mental o sexual<sup>4</sup>.

Es evidente la importancia que la normatividad internacional reconoce al principio de primacía del interés superior del menor, respecto del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que *“se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”*. Así mismo, que la expresión *interés superior* implica que el desarrollo del niño y *“el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”*<sup>5</sup>.

En orden a cumplir con varios de los propósitos reseñados el legislador ha tipificado como delitos autónomos algunas conductas cometidas sobre menores de edad<sup>6</sup> y otros en los que agrava la pena prevista cuando la víctima sea un menor o cuando se realice con su intervención<sup>7</sup>.

En el caso de los actos sexuales con menor de 14 años, se tiene que, para la configuración de dicho punible, es menester que el acto realizado tenga una connotación lujuriosa, es decir, que esté dirigido a despertar los apetitos sexuales del victimario, y que se realice en una zona erógena, que es aquella que despierta reacciones físicas. Se ha entendido por zona erógena ***“toda parte del cuerpo susceptible de ser lugar de una excitación sexual”***<sup>8</sup>. Así mismo se ha destacado que ***“aparte de la boca y de los genitales, que son las zonas que más frecuentemente entran en contacto, otros sectores se convierten igualmente y con facilidad en zonas de estimulación y excitación”***

<sup>3</sup> Artículo 3.1.

<sup>4</sup> Artículos 19.1 y 34.

<sup>5</sup> Opinión Consultiva OC-17/2002, párrafos 42 y 56.

<sup>6</sup> Artículos 127, 162, 208, 209, 219A, 381 del Código Penal.

<sup>7</sup> Artículos 166, 169, 179, 181, 185, 187, 188B, 216, 217, 218, 219B, 229, 230, 344, 384 y 441 *Ibidem*.

<sup>8</sup> MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Sexualidad y derecho, Elementos de sexología jurídica*, Barcelona (España), Hispano-europea, 1976, pp. 62.

**(senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo...)**<sup>9</sup>. La moderna sicología afirma que todo el cuerpo (piel) es erógena.

Así mismo, la doctrina ha destacado que el carácter erótico de una zona da, en cierta medida, el agresor, y se ha puesto el ejemplo de tocar los zapatos de una mujer o tirarle una trenza, para imaginar un fetichista cuyo impulso sexual se orienta a esa clase de actos. Sin embargo, es preciso no olvidar el fin lúbrico de la acción: *“...desde un punto subjetivo y por usar la propia terminología jurídica, tal conducta constituye indudablemente un acto lascivo, porque mediante el mismo el agresor descarga su tensión sexual, pero, en cambio, objetivamente hablando, es decir, según las pautas culturales de la comunidad e incluso de la propia víctima, aquello no puede pasar de ser una simple gamberrada con la consiguiente risa o susto. (...) Íntimamente ligado a este problema se halla la cuestión de la intencionalidad o ‘fin lúbrico’ de la acción, tal difícil de probar en algunos casos”*<sup>10</sup>.

En el caso que nos ocupa, es evidente que los tocamientos realizados por el procesado a su pequeña hermana, constituyen actos lujuriosos, dirigidos a satisfacer su apetito sexual, nada más se puede concluir de las caricias en el pecho, los tocamientos y los besos en las zonas erógenas de la niña como el cuello, las orejas y la boca, quién por su corta edad y discapacidad cognitiva, no tenía capacidad para emitir su consentimiento u oponerse al acto, sobre todo cuando este provenía de su hermano. No obstante, para la Sala es claro que dicho contacto físico no fue apropiado o normalmente afectuoso, sino un acto sexual indebido.

Obsérvese que cuando el contacto es físico, es requisito sine qua non la existencia de una connotación sexual, siendo suficiente que el acto sea impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas. Dentro de los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal de abusos sexuales contra persona menor de edad e incapaz se encuentra que la acción recaiga directa y necesariamente sobre la humanidad o corporeidad física de la víctima y en todos los casos de contacto físico, deberá constatarse que éste objetivamente importe un

---

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Idem.

sentido sexual evidente que conoce y quiere el sujeto activo, quien con su conducta logra instrumentalizar el cuerpo de la víctima para abusar de él, accionando deshonestamente sobre el ofendido (tocándolo, besándolo, lamiéndolo, etcétera) o recibiendo sobre su propio cuerpo -o el de un tercero- la acción de aquel, o induciendo a la víctima a actuar eróticamente sobre sí misma.

Realizar actos sexuales –en el contexto del tipo penal y el bien jurídico tutelado es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello de violencia corporal, de intimidación, de relaciones de autoridad, confianza, o superioridad derivadas de cualquier situación, o de la poca edad, inexperiencia, ignorancia o inadvertencia de la víctima o de su incapacidad física o mental para resistir.

De otra parte, el legislador, al consagrar este tipo penal, quiso prohibir cualquier ejercicio de sexualidad en los menores de 14 años porque presume la incapacidad para la libre disposición sexual toda vez que ha valorado *“que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva”*<sup>11</sup>. De ahí que los actos sexuales cometidos sobre ese grupo poblacional afectan el desarrollo de su personalidad y pueden producir alteraciones importantes que inciden luego en su vida y equilibrio futuro.

En cuanto a la connotación del beso y las posibles costumbres o demostraciones de afecto del grupo familiar, es preciso señalar que las circunstancias en que este se ejecutó, permiten concluir en forma inequívoca que el acusado no solo tenía conocimiento de la ilicitud de su actuar, sino la voluntad dirigida en forma exclusiva a satisfacer su instituto sexual. Basta recordar, que el señor Restrepo Rojo buscó los sitios más apartados o con poca visualidad del parque para acariciar y besar a su hermanita pequeña, en las partes de su cuerpo que culturalmente son

---

<sup>11</sup> Sentencia de casación del 26 de septiembre de 2000 (radicado 13.466).

aceptadas como zonas erógenas e íntimas de la persona; luego no puede decir que se trataba de demostraciones de afecto cotidianas, cuando se itera, este no vivía con la niña y solo la visitaba en forma esporádica.

Ahora bien, algunas personas podrán afirmar que los besos en sí, pueden ser interpretados de diferente manera y ello es perfectamente admisible, sin que algunos de ellos, conlleven a una conducta sexual. Sobre este punto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (fallo del 27 de febrero de 2008, expediente N° 06-200023-396-PE), efectuó un análisis interesante sobre este tema que es pertinente traer a colación:

*"Al analizar el beso como acto típico del delito de abusos deshonestos, la doctrina jurídica se ha dividido en tres posiciones. Una primera corriente sostiene que el beso no constituye un acto típico de abuso deshonesto, salvo que sea acompañado con otras actuaciones que determinen en forma clara una conducta impúdica en el sujeto activo; para otros, siempre constituye un acto de naturaleza sexual; mientras que una tercera posición, que ha sido dominante, afirma que todo dependerá de la intención que motivó al autor (...).*

*En realidad, el beso constituye un caso límite, donde no es posible saber por el hecho mismo, su significado con respecto a la honestidad. Besar puede ser la expresión de un sentimiento de cariño, de felicitación, puede reflejar un acto de amor filial, puede constituir una práctica consuetudinaria de saludo, incluso de piedad, desprovisto siempre de cualquier significado impúdico, pero también puede estar fundamentado en una clara y directa pasión sexual, con un determinante contenido libidinoso, donde el sujeto activo refleja una finalidad lujuriosa y lasciva. Ahora bien, para desentrañar con certeza cuál pudo ser el significado del beso y la finalidad del autor, es indispensable examinar con sumo cuidado todas las circunstancias en que el acto se produjo. Para aplicar el tipo penal de abusos deshonestos a una persona que besó a otra, en primer término debe verificarse la concurrencia de alguno de los supuestos de la violación (que la víctima es menor de 12 años, o que estaba privada de razón o incapacitada para resistir; o que se utilizó violencia o intimidación), y luego el Tribunal debe necesariamente concluir, con absoluta certeza, que el acto fue libidinoso, tomando en consideración el momento y la ocasión en que se produjo el acto, las condiciones del lugar, la oportunidad, y todas las demás circunstancias fácticas y anímicas que rodearon el hecho".*

En el asunto objeto de examen, la Sala concluye del análisis conjunto de las pruebas recaudada, que el beso que el procesado le dio a su hermana menor es libidinoso por varias razones: Primero, el sujeto pasivo era una niña de 9 años de edad, con situación de discapacidad cognitiva; segundo, el acusado buscó el lugar y momento adecuado donde creía que no estaba expuesto a las miradas de los demás, para arrinconar a la niña contra la pared y besarla en forma apasionada; tercero; el hecho como tal, era tan repudiable y ofensivo, que los testigos presenciales reaccionaron de manera inmediata interrumpiendo el contacto y alejando la niña de su hermano; y cuarto, ni la madre ni los demás familiares de la víctima y el procesado, comparecieron a declarar para justificar su actuar, o cuando menos, para respaldar la hipótesis del apelante, sobre la costumbre familiar, ratificando con su silencio, la vulneración al bien jurídico protegido por la ley penal.

En conclusión, podemos afirmar que ninguno de los argumentos expuestos por el defensor del señor **R. R. R. R.** tienen la capacidad de derruir la tesis esbozada por ea Juez de primera instancia, razón por la cual esta Sala Penal de decisión **CONFIRMARÁ** íntegramente el fallo objeto de apelación.

Para finalizar, atendiendo lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 9, 18 y siguientes de la ley 1098 de 2006, sobre la prevalencia de los derechos de los niños, el deber de las autoridades estatales de protegerlos de toda conducta que pueda causarles daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico; así como de prevenir las diferentes formas de violencia de que puedan ser objeto y garantizar el efectivo restablecimiento de los derechos, se dispone oficiar al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** con el fin de poner en su conocimiento la situación de la menor **M.A.R.R.**, para que adopten las medidas de protección pertinentes, en aras de evitar que la niña siga en contacto con el procesado, como quiera que este –en su condición de hermano y con la anuencia de la madre- tiene acceso a ella permanentemente.



RADICADO: 05001-60-00206-2011-72487  
PROCESADO: R. R. R. R.  
DELITO: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** íntegramente la sentencia objeto de apelación, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

**SEGUNDO: OFICIAR** al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, con el fin de poner en su conocimiento la situación de la menor **M.A.R.R.**, para que adopte las medidas de protección pertinentes, en aras de evitar que la niña siga en contacto con el procesado, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO:** Esta decisión se notifica en estrados y en su contra procede el recurso extraordinario de casación conforme a los parámetros establecidos en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

**CUARTO:** Copia de esta providencia será enviada al Juez de instancia.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
Magistrado

**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**  
Magistrado

**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**  
Magistrado