

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 050016000207201701378
Procesado: José Joaquín Betancur Arcila
Delito: Acceso carnal violento con menor de 14 años
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No.25 Aprobada por acta No. 168 de la fecha
Decisión: Revoca parcialmente
Lectura: Jueves, 2 de diciembre de 2021

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 28 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín, Ant., que condenó al señor **José Joaquín Betancur Arcila** en calidad de autor de los concursos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales abusivos con menor de 14 años, ambos agravados, imponiéndole una pena principal de 211

meses y 20 días de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

Los hechos objeto del presente proceso penal fueron sintetizados en el escrito de acusación de la siguiente manera¹:

Desde principio del año 2015 hasta principios de 2016, en la casa de habitación ocupada por el acusado José Joaquín Betancur Arcila y su compañera permanente la señora Gladys Stella Betancur Durán, abuela de la menor que funge como víctima M.X.C.C. menor de 14 años pues nació el 18 de abril de 2008, el acusado realizó en la citada menor acceso carnal abusivo mediante penetración de su miembro viril en el ano y actos sexuales abusivos mediante tocamientos que le realizó en su vagina con su mano y su pene, hechos que ocurren en múltiples ocasiones, en la noche en la cama de la abuela a donde el acusado llevaba a la menor luego de que la abuela se encontrara dormida al parecer en estado de alicoramiento y también cuando tanto la abuela como los demás miembros de la familia salen a trabajar y la menor junto con su hermano Dilan, quedan al cuidado del acusado que siempre permanecía en la casa.

Se resalta que la menor víctima vivía cerca de la casa de la abuela con su madre y para la fecha de los hechos tanto ella como su hermano Dilan se quedaban al cuidado de la abuela y el acusado no solo en el día, sino que también en varias ocasiones se quedaban a amanecer en dicho lugar.

Los hechos narrados fueron presenciados por Dilan el hermano de la menor víctima quien le cuenta al padre lo sucedido al este manifestar su preocupación por los cambios comportamentales y académicos que estaba presentando la menor

3. DESARROLLO PROCESAL

El 13 de marzo de 2018, el Juzgado Dieciocho Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín expidió orden de captura por solicitud de la Fiscalía, en contra del señor **José Joaquín Betancur Arcila**, la cual se hizo

¹ Folio 25 del expediente, corrección del escrito de acusación.

efectiva el 16 siguiente. En esa misma fecha y ante el Juzgado Once Penal Municipal de Medellín, Antioquia, con funciones de control de garantías, se legalizó la captura del señor **José Joaquín Betancur Arcila**, a quien también en esa audiencia se le formuló la imputación por el concurso homogéneo de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado (artículos 31, 208, 209, 211 #2 del C.P.), cargos que no fueron aceptados por el procesado.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 25 de mayo de 2018, correspondiéndole por reparto al Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín, el cual dirigió la formalización del acto vocatorio el 9 de julio de 2018, audiencia en la cual el Ente Persecutor corrigió el escrito de acusación presentado. La audiencia preparatoria se realizó el día 18 de septiembre de 2018.

El juicio oral comenzó el día 31 de octubre de 2018 y se adelantó en seis sesiones adicionales los días 7 de noviembre y 10 de diciembre de 2018, 6 de febrero y 22 de abril de 2019, 14 y 20 de enero de 2020 fecha en la cual se culminó el debate probatorio; el día 4 de febrero de 2020, las partes alegaron de conclusión, se profirió sentido de fallo condenatorio y se realizó la audiencia del 447.

El 28 de febrero de 2020, se llevó a cabo la audiencia de proferimiento de la sentencia, en donde se decidió condenar al señor **José Joaquín Betancur Arcila** a una pena de 211 meses y 20 días de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Frente a la sentencia condenatoria el defensor del procesado interpuso el recurso de apelación que hoy se resuelve.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adujo el fallador de primera instancia que la prueba practicada en el juicio oral era suficiente en calidad y cantidad para convencerse más allá de toda duda de la responsabilidad que le asiste al señor **José Joaquín Betancur Arcila** en el concurso homogéneo y sucesivo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo, del que fue víctima la menor M.X.C.C., durante los años de 2015 hasta 2017.

Consideró que el testimonio de la menor permitió establecer dos momentos diferentes en los cuales se presentaron los abusos, en qué consistieron los mismos y su práctica reiterada, el lugar donde eran perpetrados y los momentos del día en que se presentaban, aunado a la indicación de que varios fueron en presencia de su hermano, lo que hacía su relato digno de toda credibilidad.

Así mismo, señaló que lo declarado por M.X.C.C. fue corroborado periféricamente por los demás deponentes que acudieron al juicio oral a instancias de la Fiscalía General de la Nación, quienes permitieron establecer indicios de oportunidad y de capacidad para la realización de la conducta ilícita, los cuales si bien se pueden considerar como leves, ello no desdibuja el hecho de que tales circunstancias propiciaban los abusos en contra de la menor, señalando que los dichos de los profesionales que atendieron a la menor no constituyen prueba de referencia, por cuanto versaban sobre circunstancias periféricas relacionadas directa o indirectamente con los hechos acaecidos.

Con base en lo anterior, afirmó el *a quo* que la Fiscalía cumplió con su cometido de demostrar su tesis acusatoria por cuanto las incriminaciones realizadas por la niña fueron lógicas, razonables y creíbles, además de ser corroboradas con los restantes medios de conocimiento.

Indicó, además, el fallador de primer nivel que la prueba practicada a instancias de la defensa no lograba estructurar la duda pretendida, por cuanto no se pudo explicar la falta a la verdad en los relatos de la menor víctima y de su hermano, ni mucho menos un ánimo injustificado de incriminar al encartado.

Con ocasión al planteamiento efectuado por la defensa atinente a una posible violación al principio de congruencia por haberse probado hechos acaecidos con posterioridad al marco temporal de la acusación, el juez de primera instancia señaló que tal conclusión era insuficiente para estructurar una duda, por cuanto se logró acreditar en el proceso que los menores residieron cerca de la casa del acusado y también, en un tiempo, vivieron junto a él, teniendo un permanente contacto con esta persona entre los años de 2015 a 2017. Así mismo, manifestó que no es que se hayan demostrado hechos diferentes, sino que, por el contrario, lo que se pudo establecer es que los abusos en contra de M.X.C.C. no solo fueron en los años señalados por el ente persecutor, sino que también tuvieron cabida en el 2017, lo que se compaginaba con lo manifestado por la víctima y su hermano atinente a que los esos actos lascivos ocurrieron muchas veces.

Por todo lo señalado, concluyó el *a quo* que la materialidad de la conducta estaba probada, al igual que la responsabilidad de **Betancur Arcila** en los concursos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y acceso carnal abusivo con menor de 14 años, ambos agravados.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera con los siguientes argumentos:

1. Señaló que el *a quo* resquebrajó el principio de congruencia al condenar a su defendido por hechos ocurridos por fuera de las fechas delimitadas en la imputación y en la acusación, siendo errado que el funcionario judicial considerara conductas ocurridas por fuera del marco temporal de la acusación, esto es, de principios del año 2015 a principios del 2016.

En el sentir del recurrente, la prueba recaudada en este proceso da cuenta de que la fecha en la que se presentaron los hechos por los cuales resultó condenado su defendido ocurrieron en el año 2017 cuando la menor, su hermano y su madre convivían bajo el mismo techo del acusado lo que constituye un desbordamiento del marco fáctico delimitado por el ente persecutor que atenta contra el principio de congruencia, propio de la actuación penal, ya que es inadmisibles sin que se pueda condenar a su defendido por hechos que no consten en la acusación.

2. Cuestionó la credibilidad del testimonio de M.X.C.C., pues consideró que la misma relató sucesos inverosímiles por cuanto la experiencia indica que un acceso anal no puede realizarse en silencio sin que se percataran las personas que dormían en la misma cama y en el cuarto contiguo. De igual manera, adujo que el señalamiento de la menor atinente al constante estado de embriaguez de su abuela y que fue dado por cierto por el *a quo* no encuentra soporte en otras pruebas.

Refirió el apelante que del testimonio de la psicóloga Nancy Estupiñán se puede colegir que la menor faltó a la verdad, por cuanto la profesional dio cuenta de detalles que manifestó la niña en la entrevista y que se contradicen con las aseveraciones efectuadas por ella en la audiencia de juicio oral, siendo necesario que esta prueba se aprecie en conjunto con las demás.

Cuestionó la valoración que la primera instancia hiciera de los testimonios del hermano de la menor y de la médico legista, por considerar que ambos no corroboran en ninguna medida lo manifestado por M.X.C.C. en su declaración en juicio.

En consecuencia, solicitó se revocara el fallo recurrido y se absolviera a su prohijado.

6. LOS NO RECURRENTES:

Los no recurrentes no se pronunciaron en el traslado que se les diera para tal efecto.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín (Ant.), debido a lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2 Problemas jurídicos

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos.

Como se puede observar, hay dos problemas jurídicos que deben ser abordados:

- ¿Se viola el principio de congruencia al condenarse por hechos probados que se encuentran por fuera del marco temporal señalado en los hechos jurídicamente relevantes delimitados por la fiscalía en la acusación?
- ¿La Fiscalía cumplió con su carga procesal de probar, más allá de duda razonable, que el señor **José Joaquín Betancur Arcila**, en varias oportunidades, penetró analmente y realizó tocamientos libidinosos en las partes íntimas de la menor M.X.C.C.?

Para un mejor abordaje de los problemas jurídicos, la Sala los resolverá cada uno por separado.

7.2.1 ¿Se viola el principio de congruencia al condenarse por hechos probados que se encuentran por fuera del marco temporal señalado en los hechos jurídicamente relevantes delimitados por la fiscalía en la acusación?

En el presente asunto, la Fiscalía acusó al señor **José Joaquín Betancur Arcila** por el concurso de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, ambos agravados, ocurridos entre inicios de 2015 y finales de 2016 en contra de la menor M.X.C.C.

Una vez culminada la práctica probatoria, el *a quo* consideró que los elementos de cargo dieron por probada la materialidad de la conducta, la responsabilidad del acusado y la reiteración de los abusos sexuales en contra M.X. desde el año 2015 hasta el año 2017.

El defensor de **Betancur Arcila** se opuso a la determinación de instancia por considerar que la delimitación temporal efectuada por el juzgador de primer nivel rompía el principio de congruencia, al extralimitarse en los extremos temporales indicados por la fiscalía en la acusación en contra de su defendido, asumiendo que el juez condenó por unos hechos que estaban por fuera del tiempo precisado por la Fiscalía en la acusación.

Frente a este planteamiento, encuentra la Sala que le asiste razón al censor, por cuanto la forma en que el funcionario de primer nivel tuvo en cuenta hechos que escapaban del marco temporal delimitado por la fiscalía en la acusación, transgrede el principio de congruencia reglado en el 448 procesal.

Así las cosas, la Sala centrará el análisis probatorio solo en lo que atiene a los presuntos eventos de abusos ocurridos entre los años 2015 y 2017, como mecanismo de preservación de ese principio basilar del proceso.

7.2.2 ¿La Fiscalía cumplió con su carga procesal de probar, más allá de duda razonable, que el señor José Joaquín Betancur Arcila, en varias oportunidades, penetró analmente y realizó tocamientos libidinosos en las partes íntimas de la menor M.X.C.C.?

Para abordar este problema jurídico, la Sala comenzará por hacer un breve exordio sobre las posibilidades con las que cuenta la fiscalía para la incorporación de las versiones de los menores víctimas de delitos sexuales al juicio oral y la valoración de estos dichos por parte del juez, para luego proseguir con el abordaje del caso concreto.

7.2.2.1 Formas de introducción a juicio de las versiones de los menores víctimas en delitos sexuales:

En tratándose de delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación en materia investigativa tiene una connotación especial, de un lado, por la protección constitucional reforzada que le otorga nuestro ordenamiento jurídico a los sujetos pasivos de este tipo de reatos, en especial para evitar su revictimización y lograr efectivizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; pero, de otro, para la preservación de las garantías procesales del acusado.

Esto implica un delicado ejercicio de equilibrio y ponderación no solo por parte del legislador sino de los jueces para tratar de encontrar el justo medio en donde los derechos de los unos no avasallen los de los otros y, por el contrario, dentro del proceso convivan de la manera más armónica posible para que las decisiones que se tomen se ajusten en lo posible al valor justicia.

Fruto de esa sesuda ponderación, la Sala de Casación Penal, ya de algunos años atrás, ha habilitado cuatro posibilidades para que las versiones rendidas por los menores sean arribadas a la audiencia de juicio oral, todas ellas girando en torno al principio *pro infans* y con el claro propósito de prevenir su revictimización.

La primera -- y la evidente dentro de un sistema de justicia regido por la publicidad, la oralidad y la inmediación—consiste en la **práctica del testimonio** directamente en el juicio oral, eso sí con todas las garantías hacia el menor para evitar una afectación sensible de sus derechos.

Ahora bien, en caso de que en el juicio oral haya una retracción sustancial de la versión que el menor rindió extraprocesalmente, con la debida técnica y ritualidad, establecida con toda precisión por la Sala de Casación, se podrá incorporar en su integralidad tal versión anterior, como **testimonio adjunto** para que el juez al momento de dictar sentencia pueda valorar en su totalidad las dos versiones confrontadas. Dígase que esta es la segunda forma.²

Una tercera manera de introducir a juicio la versión del menor es como **prueba anticipada** con fundamento en el canon 274 procesal. Obviamente en este caso le corresponde a la Fiscalía la carga argumentativa frente al juez de garantías de demostrar con suficiencia que puede existir una alteración en el medio de prueba testimonial, ya sea por evitar una victimización secundaria del menor o por la pérdida de la memoria de este gracias a la superación del daño psicológico causado o por el simple paso del tiempo. En este tipo de eventos, ineluctablemente debe garantizarse a la defensa el derecho de contradicción y ejercerse la práctica en presencia de un juez, así como también surge la necesidad de que la misma goce de registro fidedigno para una mejor valoración del juez de conocimiento al momento de adoptar una decisión con base en ese elemento.

No obstante, debe tenerse en cuenta que si al momento de iniciarse el juicio oral, la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada no se dio

² CSJ, Rad 52.045 del 20 de mayo de 2020.

o desapareció, el juez podrá ordenar, si no hay otra justificación, la repetición del testimonio del menor en la vista pública.

La última opción que tiene la Fiscalía es la posibilidad de arribar los dichos del menor rendidos con antelación al juicio como **prueba de referencia**, aun cuando la víctima esté disponible para comparecer a la vista pública. Estas tres últimas opciones llevan implícita la necesidad de la no victimización secundaria, así como la manifestación de que se debe propender porque el menor declare solo una vez.

Es menester señalar que, si bien resulta legalmente admisible que el delegado fiscal aduzca en juicio las declaraciones previas del menor víctima, ello al igual que el testimonio adjunto no opera de forma automática, pues al constituirse la prueba de referencia una práctica excepcionalísima en los sistemas penales con tendencia acusatoria y que va en contra del principio de inmediación, su inclusión en juicio debe obedecer a puntuales eventos en los que se pueda demostrar la indisponibilidad completa del testigo -cuando este no comparece a juicio por las razones expuestas en el 438 procesal- o su indisponibilidad relativa -que estando el testigo presente en el juicio, por cualquier situación se le imposibilite o dificulte declarar de manera adecuada.-

Ante este panorama, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP1790 – 2021, fue categórica al referirse a esta forma de introducción del testimonio anterior del menor, señalando como un claro parámetro de procedibilidad, según se señaló, la ocurrencia de circunstancias particulares que pongan al testigo en indisponibilidad total o relativa, aunado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

(i) la identificación de la declaración anterior que pretende ser introducida en esa calidad, (ii) la explicación de la causal excepcional de admisión de ese tipo de pruebas, y (iii) la solicitud expresa al juez, en orden a que este, **con plena garantía del contradictorio**, tome la decisión que considere procedente, lo que, además, genera seguridad sobre las pruebas que podrán ser tenidas como fundamento de la sentencia y facilita a los interesados el ejercicio de la contradicción y la confrontación. (negrillas fuera de texto)

Ahora bien, se tiene que por regla general el escenario propicio para la solicitud de dicha incorporación de la declaración previa como prueba de referencia es la audiencia preparatoria; no obstante, existen eventos donde la causal de indisponibilidad del testigo es sobreviniente en la audiencia de juicio oral. Ante estos eventos, la Máxima Corporación ha previsto que se debe cumplir de igual forma con la ritualidad antes reseñada al interior de la audiencia de juicio, donde la parte que pretende aducir la entrevista previa debe identificar la misma, acreditar la causal excepcional de admisión, efectuar una solicitud expresa al funcionario judicial que preside la diligencia, quien indefectiblemente debe correr traslado a la contraparte para que se pronuncie sobre la circunstancia sobreviniente y la admisibilidad del medio de prueba y, con base en ello, adoptar una decisión motivada sobre la inclusión de esa evidencia al debate probatorio, la cual admite los recursos de ley³.

Solo con el cumplimiento de estos estrictos parámetros, pueden allegarse a la actuación las declaraciones previas del menor víctima de delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales como prueba de referencia, siendo la consecuencia de la inobservancia de estas precisas directrices la exclusión del acervo probatorio de las entrevistas que se pretenden aducir en esa calidad y la imposibilidad que el juez pueda valorarlas al momento de edificar su decisión de instancia.

³ Cfr. Sentencias con radicados 52.045 del 20 de mayo de 2020, 51535 y 49360 del 12 de mayo de 2021, 53239 del 2 de junio de 2021.

Es menester aclarar que la incorporación excepcional de una declaración previa como prueba de referencia en casos de abusos sexuales contra menores, no significa una excepción a la tarifa legal negativa del artículo 381 del C.P.P. en el entendido de la imposibilidad de estructurar sentencias de condena únicamente con pruebas de este tipo.

Ahora bien, estudiadas estas maneras de introducción de los dichos del menor a la audiencia de juicio oral para ser valorados como prueba, se tiene que de cara a la discrecionalidad que le asiste al Fiscal para aducir en juicio las versiones de los menores víctimas de reatos sexuales, la máxima Corporación en la sentencia del 20 de mayo de 2020, advirtió:

2.3 Es una facultad de la Fiscalía elegir cuál de los mecanismos referenciados utilizará para llevar al Juez el conocimiento de los hechos y, particularmente de la narración de la persona ofendida. Para tal fin, el funcionario, en la estructuración del caso y de su estrategia de litigio, debe considerar las variables que puedan incidir en la probabilidad de éxito de la pretensión acusatoria, entre ellas, (i) las circunstancias particulares de la víctima y la mayor o menor probabilidad de su revictimización en caso de concurrir al juicio; (ii) la existencia de pruebas, distintas de la narración del ofendido, que puedan demostrar su teoría del caso; (iii) la previsibilidad de que la víctima se retracte de su dicho en la vista pública.

A modo de ejemplo, si se puede avizorar que no existen pruebas que puedan corroborar, aun periféricamente, el dicho de la menor, la alternativa de comunicar su versión de los hechos como prueba de referencia aparece inconveniente, en tanto la viabilidad del fallo de condena quedará truncada por la tarifa legal negativa de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; en similar sentido, si la víctima ha cumplido la mayoría de edad para el momento del trámite judicial y exhibe menor riesgo de sufrir revictimización de concurrir al juicio, se presentaría como una alternativa más plausible convocarla como testigo a esa diligencia para que rinda testimonio.

En todo caso, cualquiera que sea el mecanismo probatorio que, en últimas, elija la Fiscalía para sacar adelante su pretensión, resulta irrefutable que debe agotarse con el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé para cada uno de ellos. La prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes y la aplicación del precitado principio *pro infans* no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio:

«Es cierto que los derechos de los niños son, por mandato constitucional, prevalentes (artículo 44), y que los menores víctimas de delitos sexuales tienen

derecho a que, dentro del proceso penal respectivo, se adopten en su favor medidas de protección efectivas que garanticen sus intereses, no obstante, esa salvaguarda no puede llegar al extremo de hacer nugatorias las garantías del procesado y menos a la obligatoriedad de emitir una sentencia condenatoria en su contra.

(...)

Ello... “...negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia” (Cfr. CSJ SP2709-2018, rad. 50637)».

Así las cosas, deviene diáfano que cualquiera que sea la opción que utilice la Fiscalía para aducir los dichos del menor, siempre se ha de tener en cuenta su interés superior, sin que ello pueda constituir un avasallamiento a los derechos del procesado ni al desconocimiento de las formas propias del enjuiciamiento criminal, la anulación de los principios probatorios establecidos en el código de procedimiento penal ni mucho menos, tal como se dijo en precedencia, el desconocimiento de la prohibición de estructurar sentencias de condena solo con prueba de referencia, como manifestación de una errónea y desfazada política represiva en materia de delitos sexuales.

7.2.2.2. De la valoración del testimonio rendido en juicio por los menores víctimas de violencia sexual:

Lo primero que ha de señalarse es que como suele suceder en estos casos de abuso sexual, la prueba siempre es exigua en razón de los escenarios de privacidad o si se quiere de soledad que son aprovechados por el victimario para satisfacer sus apetencias libidinosas y que muchas veces la agresión no deja huellas en el cuerpo de la víctima, el testimonio de esta adquiere una

importancia sustantiva en el esclarecimiento de los hechos, como quiera que es la persona que de manera directa no solo percibe sino que vive en carne propia la acción delictual.

No obstante lo anterior, a pesar de la importancia que reviste el testimonio de la persona ofendida en estos precisos eventos, es lo cierto que su valoración tiene que ser muy estricta en lo que tiene que ver con la coherencia, consistencia, objetividad y credibilidad para evitar condenas injustas.

Respecto a la valoración del testimonio de los menores, inicialmente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia fue un tanto reticente frente a su credibilidad pues se alegaba una cierta inmadurez mental de aquellos, lo que afectaba su percepción real de los hechos.

Posteriormente, la misma Corporación sostuvo que, a partir de investigaciones científicas, era posible concluir que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiriría una gran credibilidad cuando es víctima de abusos sexuales.

La jurisprudencia actual de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha ubicado en un punto intermedio, al establecer que lo que corresponde al juez en cada caso es valorar tales dichos bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción. Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad o, de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie de juntillas sus relatos⁴.

⁴ Cfr. CSJ. SP. del 30 de enero de 2017, Rad. 42656.

Y es que esto no es nada nuevo, porque de tiempo atrás, en decisión del 23 de febrero de 2011, radicado. 34568, la alta Corporación indicó que como cualquier testigo, los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 en cuanto 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 conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

También en sentencia del 11 de mayo de 2011, radicado 35080, advirtió que: «lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables».

En estas condiciones, para el análisis de la veracidad del testigo, el juez debe tener en cuenta la consistencia interna del testimonio, para lo cual se asirá de los aspectos ya señalados del artículo 404 y, agrega esta Sala, la verosimilitud de la versión; pero también la valoración debe contener un análisis de consistencia externa que tiene que ver con la armonía y coherencia que guarde el relato con las demás probanzas llevadas a juicio.

Desde esta perspectiva, el testimonio de la víctima, así sea insular, si pasa estos dos filtros de valoración (consistencia interna y externa o periférica), puede sin ningún inconveniente, ser fundamento de una sentencia, tal como en infinidad de veces la Corte lo ha sostenido:

“No se trata de que ineluctablemente exista pluralidad de testimonios o de pruebas para cotejarlas unas con otras como si solamente la convergencia o concordancia en las aseveraciones fuere la única manera fiable de llegar al

conocimiento de lo acontecido o como si necesariamente toda prueba tuviera que ser ratificada o corroborada por otra.

Es que en el caso del testimonio único lo relevante, desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y operen los criterios de apreciación previstos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000 (hoy 404 de la Ley 906 de 2004, agrega esta sala).

2. Con tales referentes es por igual factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de la respectiva prueba, pues purgado el testimonio único de sus eventuales vicios, defectos o deficiencias nada imposibilita que se le asigne un mérito suasorio tal que sea por sí mismo suficiente para sustentar una sentencia.

En dichas condiciones esa clase de medio de convicción no pierde su valor sólo porque sea único, acaso no lo adquiera si confrontado con esos criterios el juzgador llegue a la conclusión de que no ofrece certeza.

Así, siendo esa la idea central a la que se reduce el cuestionamiento del libelista porque le resulta insuficiente que con la sola versión de la víctima se condene a su prohijado, olvida sin embargo que el sistema de valoración probatoria en materia penal no está sustentado en una tarifa legal, sino en la libre y racional persuasión, de suerte que el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables.⁵

Ahora bien, en decisión emitida recientemente por la Sala Penal de la Corte Suprema, en punto a la valoración de los testimonios de los menores víctimas de delitos sexuales, se reiteró la anterior postura en los siguientes términos:

“3.2.4. De otra parte, la Corporación no advierte la necesidad de superar los defectos de la demanda en orden a unificar jurisprudencia, porque en las providencias traídas a colación por la actora no se evidencia contradicción en punto de la valoración del testimonio de los menores víctimas de delitos sexuales. Si bien, en la sentencia SP3989-2017, radicado 44441, se otorgó credibilidad a lo dicho por el menor, ello no obedeció a un imperativo legal o jurisprudencial, **sino como consecuencia de examinar su declaración a la luz de las reglas de la sana crítica:**

Se dirá que la credibilidad concedida en esta sede al testimonio de la ofendida podría ser el producto de privilegiar injustificadamente su versión. Ello no es así: **la Sala no desconoce que, como cualquier otra prueba, el testimonio del**

⁵ C.S.J., Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

menor de edad, víctima de abuso sexual, debe ser sometido a las reglas de la sana crítica, en el entendido de que las posibles falencias sicoperceptivas de la fuente no le impiden verter un relato claro, detallado y ajustado.

En este sentido, la Corte ha dicho que: **“la declaración del menor está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental”** (Cfr. CSJ SP 26 en. 2006, rad. 23706, reiterada en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 34131).

La postura anterior encuentra su justificación en que: “cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, **su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica**”.⁶ – *Negrilla propia*–

Precisamente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 43866 del 16 de marzo de 2016⁷, hizo referencia a unos criterios objetivos para el análisis de la veracidad del dicho del menor en punto a la existencia del hecho y la responsabilidad del autor en los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana:

“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

⁶ Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52170 del 27 de junio de 2018.

⁷ SP3332, M.P. Patricia Salazar Cuellar. Posición reiterada en otras decisiones posteriores, entre esas, la más reciente, la sentencia 55957 del 12 de febrero de 2020.

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.”

7.2.3. Análisis de la prueba practicada en juicio oral

En el presente asunto, el juez de primera instancia condenó al señor **José Joaquín Betancur Arcila** por considerar que la prueba acopiada en juicio oral fue suficiente en calidad y cantidad para emitir el reproche penal que ameritaban los hechos endilgados por la Fiscalía y que fueron demostrados en juicio oral, esto es, un concurso de accesos carnales abusivos con menor de 14 años y el concurso de actos sexuales con menor de catorce años, ambos agravados.

El defensor del procesado apeló dicha sentencia indicando no estar de acuerdo con la valoración probatoria, pues advirtió que el relato de la menor en juicio contiene sucesos inverosímiles, por cuanto la experiencia indica que un acceso anal no puede realizarse en silencio o sin que se percataran las personas que dormían en la misma cama y en el cuarto contiguo. Así mismo, indicó que el señalamiento de la menor atinente al constante estado de embriaguez de su abuela, y que fue dado por cierto por parte del *a quo*, no encuentra soporte en otras pruebas.

También se quejó el recurrente de la valoración efectuada a los demás medios de prueba y del valor suasorio que les otorgó la primera instancia como corroborativos de los dichos de la agraviada.

Como primera medida, la Sala abordará un ejercicio de exclusión de los medios de prueba que no deben valorarse en el presente asunto, dando los motivos de índole jurídica para tal efecto, para luego efectuar un análisis de las

probanzas que revisten legalidad para ser abordadas con miras a determinar la corrección de la decisión censurada.

7.2.3.1. Exclusión probatoria

Se tiene, entonces, que por parte de la Fiscalía compareció la psicóloga Nancy Estupiñán Castañeda, investigadora del CTI, quien realizó la entrevista forense a la víctima. Cabe aclarar desde ya, que esta testigo tiene una doble connotación: de prueba de referencia frente a lo dicho por la niña y de testigo directo con ocasión a lo que pudo percibir. El primer tópico del contenido de su declaración es prueba de referencia de carácter inadmisibles, toda vez que la menor si compareció al juicio, por lo que no será tenido en cuenta para el ejercicio valorativo.

Lo anterior se acentúa aún más cuando tampoco se pudo determinar en este estadio procesal una indisponibilidad relativa de la menor afectada como testigo, pues la misma estuvo en plena capacidad de disposición tanto para ser interrogada por el ente acusador, como para el ejercicio de conainterrogatorio a instancias de la defensa, sin que se apreciara algún tipo de imposibilidad para declarar de manera adecuada; por el contrario, la víctima pudo dar un relato de lo que directamente percibió y de sus vivencias.

Si bien la defensa se duele en su recurso del hecho de que esta profesional tuvo que realizarle dos entrevistas a la menor porque apreció que varios de sus relatos eran alejados de la realidad, lo cierto es que ningún esfuerzo efectuó el profesional del derecho en el ejercicio del conainterrogatorio a la agraviada para intentar minar su credibilidad en ese aspecto, máxime cuando desde un principio contaba con las entrevistas de las que dio cuenta la psicóloga, las que contenían un sustrato que pudo ser empleado para

direccionar de mejor manera en ese momento su tesis defensiva, en pos de la impugnación de credibilidad.

Por lo anterior, como esas entrevistas contentivas de declaraciones previas de la menor y los dichos de la profesional sobre ellas no pueden ser incorporadas como prueba de referencia, y ante el papel pasivo de la defensa para usarla en el examen cruzado de testigos, estas no pueden ser susceptibles de valoración, debiendo la Sala atenerse solo a analizar lo vertido por la menor en el juicio.

Situación similar ocurre con Marta Elena Herrera, médico legista que al igual que la anterior deponente guarda la doble connotación referida, sin que sea posible ejercer valoraciones sobre aspectos referidos con ocasión a las manifestaciones que M.X.C.C. le hiciera sobre los hechos materia de investigación.

Acaece lo mismo con el relato de la señora Sandra Ríos Ramírez, madrastra de M.X.C.C. y quien fuere la primera persona en enterarse por boca de la menor de los vejámenes sexuales de los que era víctima por parte de su abuelastro.

Esta deponente tiene la naturaleza de testigo *ex auditu* por cuanto no tuvo un conocimiento directo del asunto y lo que pudo conocer fue gracias a lo que le contó la menor, aspectos que tampoco serán valorados por la Sala.

Ante este panorama, no puede ser de recibo el argumento del juez *a quo* tendiente a darle connotación de prueba indirecta a los anteriores deponentes, por cuanto si bien hasta el año 2017 la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia permitía tales consideraciones, ese precedente tuvo una variación sustancial, tal como se vio en la parte inicial de esta providencia.

Así las cosas, se excluirá en lo que corresponde el testimonio de estas tres testigos.

7.2.3.2. Análisis de la prueba de cargo legalmente aducida

Lo primero de lo que se ocupará la Sala es de estudiar en detalle la declaración rendida por M.X.C.C., de cara a determinar, en un primer momento, su consistencia interna y la probabilidad, bajo las reglas de la lógica y de la experiencia, de la ocurrencia de los sucesos relatados, para luego verificar la consistencia externa de su relato.

El 10 de diciembre de 2018, la menor M.X.C.C. acudió al juicio para rendir testimonio en presencia de la defensora de familia del ICBF. En ese acto procesal, la menor relató conocer al acusado porque era el novio de su abuela materna.

Al indagársele sobre qué había ocurrido con el señor **Betancur Arcila**, la deponente relató varios eventos en los cuales el acusado la penetraba de forma anal: el primero, fue referido por la testigo de la siguiente manera:

...si, yo me acuerdo eso fue por la noche. Nosotros ya estábamos pues pa' (sic) dormirnos porque teníamos que ir a estudiar, entonces él me decía que me acostara en el medio que no le dijera a mí abuelita porque mi abuelita, no tampoco no escuchaba, pero yo le iba a decir a mi abuelita por la mañana antes de irnos a estudiar, entonces ya él me decía que le tocara el pene y que me acostara de pa' (sic) un lado.

(...)

yo me empezaba como a dormir, yo le decía que no y él me quitaba la ropa a la malagana, él me quitaba la ropa a la mala gana.

(...)

él me metía el pene por el culo y él y ya...

De este evento, refiere la afectada que fue testigo su hermano Dilan, también menor de edad.

Un segundo suceso que relató la menor en juicio fue el siguiente:

eso ocurrió en el baño y antes de yo irme para el colegio. Eso ocurrió cuando yo me metí al baño y él me dijo que, si nos bañábamos los dos y sí, él me decía que quería casarse conmigo y quería que fuéramos novios
(...)
él me tocaba las partes íntimas ... el culo y la chocha con el pene... el me lo metía y ya ... el pene en el culo...

Otros eventos señalados por la menor ocurrieron en el baño de la abuela y en una cama que refirió dormía su madre con el novio, en los cuales la testigo fue conteste en indicar:

...él me quitaba la ropa cuando yo me iba ir al colegio y yo le decía que no, que déjeme ir al colegio que ya me va a coger la tarde y él no, él me cogía a la fuerza y él decía que se quería casar conmigo y que quería meterme el pene por el culo...

Al preguntársele si en esa ocasión fue penetrada por el encartado, la menor respondió:

...ese día pues él me tocaba, pero él no me metió el pene por el culo. No, solamente me decía que nos íbamos a casar que quería ser mi novio, que yo no sé qué, pero yo ya no me acuerdo más.

La menor fue clara al referir que no contó de estos abusos porque su abuelastro la amenazaba diciéndole que la iba a agarrar por el pelo; empero, luego sí los puso en conocimiento de su madrastra en una ocasión que veían un programa televisivo de abusos infantiles.

En el ejercicio del conainterrogatorio a instancias de la defensa, la menor dejó claras algunas fechas y describió de mejor manera la casa donde permanecía en compañía de su abuela y del procesado, sin que nada se censurara por el defensor sobre los vejámenes sexuales, que señaló de manera amplia y suficiente en sede del interrogatorio directo.

Así, encuentra la Sala que la menor fue clara en relatar los sucesos de los cuales fue víctima por parte del enjuiciado y no hubo un relato dubitativo ni mucho menos inverosímil de la situación relatada, máxime cuando la defensa no estructuró en el conainterrogatorio una estrategia tendiente a descalificar lo dicho por la menor respecto de los múltiples abusos sufridos en la cama de su abuela y en presencia de otras dos personas.

La niña narró de forma espontánea y descarnada los vejámenes a los que era sometida por su victimario, y si bien es cierto tal relato puede contener algunas imprecisiones o vaguedades en las fechas de su ocurrencia, estas no afectan la veracidad de la versión por cuanto su relato no solo es verosímil sino rico en detalles.

En efecto, este testimonio da cuenta del lugar donde acontecieron los abusos, en qué consistieron estos, su reiteración, la persona que los realizó y la forma en que ocurrieron. Si bien el abogado afirmó que resultaba inverosímil que nadie notara los actos lascivos cuando dos personas yacían en la misma cama y otra estaba a escasos metros de la habitación donde acaecieron los abusos,

lo cierto es que ningún esfuerzo realizó para impugnar la credibilidad de tal afirmación de la testigo.

El hecho de que el defensor fuera pasivo al indagar a la deponente sobre el estado de embriaguez de su abuela y sobre otros aspectos que pudieran refutar la forma en que se llevaron a cabo los abusos sexuales, obró en contra de su postura defensiva y no mermó valor suasorio a los dichos de la víctima, motivo por el cual, se itera, los relatos de la menor tienen una buena consistencia interna al ser evaluados a la luz de lo preceptuado por el 404 procesal.

Decantado lo anterior, resulta necesario analizar la consistencia externa de los dichos de la menor, con base en los demás medios de prueba arrimados a la actuación:

Otro testigo de gran relevancia y que fuere cuestionado por el apelante en sus argumentos, fue D.A.C., menor de edad, hermano de la víctima.

Este testigo acudió a la vista pública celebrada el 16 de febrero de 2019, en donde indicó que conocía los abusos sufridos por su hermana a manos de **José Joaquín**, señalando que este lo enviaba a hacer mandados; pero que él se regresaba a espiar y observaba, a través de unas tablas que hacían parte de la estructura de la casa, cómo el acusado manoseaba la vagina de su hermana.

Así mismo, señaló que fueron varias ocasiones en las que pudo percatarse de los tocamientos libidinosos que el encartado realizaba en la humanidad de M.X.C.C., indicando las personas que habitaban en esa vivienda y que los sucesos ocurrían cuando los demás familiares se iban a trabajar, quedando solo los menores y el acusado en el hogar.

En sede del contrainterrogatorio D. relató que vivieron con el acusado bajo el mismo techo desde el 2016 y que antes de ese año visitaban con frecuencia esa casa, también indicó que su hermana y él dormían junto al encartado y su abuela en la misma cama.

Obsérvese como este deponente dota de solidez a la versión de la niña respecto de los abusos recibidos por parte del señor **Betancur Arcila**, de un lado, porque corrobora que los dos menores dormían en una misma cama con el acusado y la abuela; pero, además, y lo que es muy importante, es testigo directo de varios de los tocamientos libidinosos que aquel le hacía a la niña.

Como se puede observar, las cosas no son como las plantea la defensa. Por el contrario, el respaldo que brinda la declaración de D. a los relatos de la víctima es demasiado marcado y de alta consistencia que permite a la Sala colegir que los hechos sí existieron y que, si bien hubo inconsistencia en el espacio temporal, ello no desdibuja de ninguna manera que la menor haya sido abusada sexualmente varias veces por parte de su abuelastro.

Se queja la defensa que este testigo no refirió nada sobre el evento contado por M.X.C.C. de una penetración anal en presencia suya, y es perfectamente entendible que no lo hiciera porque, como lo planteó la primera instancia, nada se le preguntó sobre ello en su interrogatorio, sin que pueda establecerse que por esa omisión se deba restar credibilidad a lo que dio cuenta la menor que ocurrió esa noche.

También compareció la señora Sandra Ríos Ramírez, de quien con anterioridad se dijo que era la madrastra de M.X.C.C. y a quien esta le comunicara los vejámenes sexuales padecidos, allegó a juicio información sobre su percepción directa del estado de la menor y fue enfática en señalar la inexistencia de

problemas entre la familia de la menor, específicamente su progenitor, y el acusado.

La otra testigo de cargo fue Marta Elena Herrera, médico legista, quien se encargó de realizar la valoración sexológica de M.X.C.C., exponiendo en juicio los siguientes hallazgos y resultados:

Encontré una niña con un peso 31 kilo una talla de 1.39 con un desarrollo físico adecuado, con unos genitales externos femeninos normales con un himen integro no elástico, sin ninguna lesión de fisura o desgarro, nada todo estaba muy bien; el ano igualmente estaba normal no tenía ninguna fisura ni ningún desgarro ninguna cicatriz.

(...)

La conclusión era una niña de sexo femenino que estaba entre 9 y 10 años; no tenía ninguna lesión corporal que ameritara una incapacidad médico legal, tenía unos genitales externos normales y un himen integro anular no desflorado, tenía un ano también normal sin cicatrices ni fisura ni lesiones.

No tenía ningún signo clínico de contaminación venérea, no tenía, no se le tomaron, pues muestras porque ya era más de 72 horas que habían presentado los hechos y no hubo necesidad de tomarle ninguna radiografía ni fotografía ni cálculos y se hicieron algunas sugerencias como que fuera llevada a la EPS Sura para que le aplicara el protocolo de violencia sexual y que fuera valorada por psicología y que a la fiscalía que reclamara copia de esa historia...

Esta testigo indicó desde su experiencia profesional que las penetraciones anales no siempre dejan huellas.

Ante este acervo probatorio de cargo, encuentra la Sala que toda razón le asiste a la primera instancia con ocasión al alto valor suasorio que le otorgó a los dichos de M.X.C.C. en la audiencia de juicio oral pues, tal como se verificó en párrafos precedentes, ese relato de la menor está cargado de detalles concretos sobre los abusos que recibía por parte de su abuelastro, los cuales fueron de tan alto impacto emocional, que la niña llegó incluso a llorar mientras los contaba.

Estos aspectos trascendentales permiten colegir que el testimonio de la menor tiene un alto valor suasorio y logra establecer con suficiencia que los actos lascivos perpetrados en su contra sí existieron, que ocurrieron en varias ocasiones y que, si bien hubo una inconsistencia en la determinación de la fecha, lo relatado es tan claro que no permite asomo de duda sobre la real ocurrencia de los mismos.

Las imprecisiones en la fecha que fueron usadas por la defensa para soportar parte de su tesis defensiva no tienen una entidad suficiente para desestimar la real ocurrencia de los eventos, ni tampoco carga de inverosimilitud lo relatado por la menor y su hermano; por el contrario, y tal como lo hizo notar el *a quo*, lo que se logra establecer es que los abusos en contra de M.X. fueron reiterados y perpetuados desde que frecuentaban el hogar del acusado, cuando esta y su hermano aun no vivían ahí, sino que iban de visita o eran dejados a su cuidado.

Lo anterior, también se reafirma con el testimonio de D.A.C. quien dio claridades sobre los tiempos en que frecuentaban la casa del encartado para ser atendidos y cuidados por este, esto es, desde el año 2015 al 2016.

Ahora, esas imprecisiones de fechas otorgadas por la víctima, no generan ninguna mengua el testimonio de M.X.C.C. ni mucho menos desdibuja la real ocurrencia de los hechos de abuso del que fue víctima la menor a manos de **Betancur Arcila**, por cuanto la prueba de cargo fue conteste en reafirmar la real ocurrencia de estos.

Como de la prueba testimonial analizada se tiene que los dos menores de edad en ocasiones se quedaban a dormir en la casa del acusado aún antes de que se fueran a vivir de manera permanente allá, es correcta la conclusión de primera

instancia en el sentido de que los abusos sexuales no solo se perpetraron durante los años 2015 y 2017 sino que fueron hasta el 2017.

Pasando al análisis de la prueba arrimada por la defensa, se tiene que compareció en juicio la señora Gladys Herrera Durango, compañera permanente del acusado, quien declaró sobre aspectos de tiempo y que ella nunca vio comportamientos extraños que se relacionaran con los hechos de abuso relatados por la menor, lo cual no demerita para nada la versión de los infantes, pues también se logró establecer que la testigo se ausentaba de la vivienda durante todo el día, por lo que no pudo percatarse nunca de la dinámica de convivencia entre el acusado y la víctima que quedaba a su cuidado.

Igual situación ocurre con el señor Cristian Sneider Betancur, quien tampoco dio cuenta de aspectos relevantes que hicieran menos probable la ocurrencia de los hechos. Por el contrario, este testigo hizo mucho más creíble la versión del hermano de la menor al permitir constatar la estructura de construcción de la vivienda donde habitaban, indicando que existían paredes de tabla, a través de las cuales D. pudo apreciar los momentos en los que el enjuiciado manoseaba a su hermana. Este testigo, si bien convivía en el mismo lugar donde se presentaron los hechos, al igual que Gladys Herrera se ausentaba todo el día.

Johnquir Brezney Cano Herrera, tío de la menor víctima, arribó a juicio para establecer fechas en las cuales los menores habitaron la vivienda y a dar cuenta de cómo era la dinámica social de la familia en torno a la ingesta de alcohol; empero, tampoco pudo dar precisas declaraciones que pusieran en duda el testimonio de M.X. y de su hermano con ocasión a los actos lascivos en contra de la primera.

Viviana Marcela Cardona, compañera del anterior testigo, tampoco dio cuenta de situaciones que pusieran en entredicho la real ocurrencia de los hechos materia de investigación.

En ese sentido, encuentra la Sala que las declaraciones de los testigos de descargo fueron insuficientes para derruir la credibilidad de la prueba de cargo y que si bien se indicaron por parte de esos deponentes ciertas fechas que podían hacer menos probable ciertos aspectos, lo cierto es que nunca alcanzaron a poner en duda la real ocurrencia de los abusos de índole sexual que realizaba el acusado en contra de su nietastra.

Así, pues, refulge nítido para esta segunda instancia que la versión de la menor goza de total verosimilitud, corresponde a un relato de una vivencia real y para nada proveniente de su imaginación, porque describe con mucha exactitud y espontaneidad los abusos sexuales de los cuales fue objeto. Aunado a ello, la tristeza que se le advirtió a la niña en su declaración es una cuestión absolutamente dicente y reveladora de lo que debió padecer y el impacto negativo que le produjo a su psiquis y, por tanto, de la veracidad del relato, el cual no corresponde a hechos fantasiosos ni inventados por esta.

Tampoco se observa en la niña ni en su hermano algún móvil certero para mentir, en tanto no se evidenció el más mínimo asomo de animadversión, enemistad o móvil dañino que llevara siquiera a pensar que los dos menores planearon estos hechos para perjudicar al procesado. Por el contrario, la menor durante mucho tiempo guardó silencio sobre los constantes abusos sexuales de los que era víctima, silencio que solo rompió cuando miraba con su madrastra un programa sobre abuso sexual de menores.

Así, para la Colegiatura la prueba de cargo que trajo la Fiscalía a juicio es suficiente tanto en calidad como en cantidad para comprobar con toda certeza que ciertamente el señor **Betancur Arcila**, abusó sexualmente de la menor M.X. desde principios de 2015 hasta principios de 2016.

Como en el juicio se ventilaron ofensas sexuales que se dieron hasta el 2017, para preservar el principio de congruencia del cual se duele la defensa, la Sala dispondrá la respectiva compulsas de copias de esta actuación para que la Fiscalía General de la Nación investigue esos hechos del último año.

Vistas, así las cosas, para esta Colegiatura, luego de hacer un análisis íntegro y en conjunto de la prueba testimonial y pericial, concluye que hay la prueba suficiente, tanto en calidad como en cantidad, para considerar que el señor **José Joaquín Betancur Arcila** es autor imputable de varios ataques sexuales a la víctima, agravados, en razón de la confianza depositada por esta en el agresor según las circunstancias claramente demostradas en el juicio, las cuales aprovechó para satisfacer sus apetencias libidinosas, conductas que obviamente lesionaron de manera gravísima la integridad, libertad y dignidad sexual de la víctima y cuyo acaecimiento no estuvo precedido de circunstancias que le impidieran actuar al procesado dentro de los límites de la legalidad.

No obstante lo anterior, si bien existe la certeza exigida para emitir reproche por los actos sexuales abusivos agravados, lo cierto es que no ocurre igual con el concurso de accesos carnales abusivos agravados que fuere endilgado al procesado desde los albores del proceso y que dio por probado el juzgador de primer nivel.

En efecto, respecto a los hechos de la presunta penetración anal que refiere la niña, encuentra la Sala que sobre estos recae un manto de duda generado a raíz del pobre manejo que a este tema se le dio por parte del ente acusador en

la audiencia de juicio oral, específicamente al momento en que la víctima subió al estrado a entregar su declaración.

Si bien la deponente fue clara en dos oportunidades al señalar “él me metía el pene por el culo” lo cierto es que la niña no refiere la existencia de algún tipo de lubricación empleada por el encartado para tal acto, ni mucho menos indicó haber sentido dolor o incomodidad a raíz de esa supuesta penetración.

El sentido común indica que una penetración anal puede ser en términos generales dolorosa, y con mayor razón en el contexto que enseña el presente asunto, en el cual se involucra una menor de 10 años y un hombre que supera los 50 años, lo que probablemente pudo dejar algún tipo de molestia o dolor en la niña, aspecto que se desconoce y no fue aclarado con suficiencia por parte del testimonio de la menor a instancias de la fiscalía.

Obsérvese que en el primer evento referido se encontraban cuatro personas durmiendo en una cama y frente a la penetración la menor no refirió ningún dolor, ni siquiera una mínima molestia

En el segundo evento señalado por la víctima y que podía constituir un acceso carnal, esta señaló que sintió dolor, pero a manera de una lacónica respuesta frente a una clara pregunta sugestiva de la Fiscalía⁸. La incertidumbre es grande, pues el tema fue dejado ahí por el interrogador, sin que se pudiera ahondar en otros aspectos que permitan a la Sala verificar la real ocurrencia del acceso.

La cuestión es de trascendencia por cuanto se trata de una niña menor de 10 años que, se sabe, no poseía la experiencia ni los conocimientos en temas

⁸ Fiscalía: ¿tu sentías algún dolor cuando esto pasaba?
Víctima: si

sexuales como para tener la suficiente claridad a efectos de diferenciar las diferentes clases de acciones lúbricas que el procesado desplegó en su contra, lo cual implicaba necesariamente de parte de la Fiscalía un mejor desempeño en el interrogatorio para esclarecer debidamente esta situación, sobre todo si sabía que era con la única prueba que contaba para demostrar los accesos carnales.

Nótese que nunca se realizaron acciones por parte del entre persecutor con miras a obtener una mayor claridad sobre la expresión *“me metió el pene por el culo”* referida por la niña en distintos apartes de su declaración, situación que acompañada de la nula experiencia que puede tener una menor de 10 años en materias sexuales, como se señaló, no permiten establecer a ciencia cierta si se trató de una penetración anal o del simple refregamiento del miembro viril del acusado en las nalgas de la niña.

Aquí es importante señalar que el niño hermano de la víctima declaró que vio que en varias ocasiones el acusado manoseaba la vagina de su consanguínea; pero no vio otro tipo de abuso.

Adicional a ello, y lo que es muy importante, la médico que le realizó el experticio sexológico a la niña no encontró ninguna huella o rastro de acceso vía anal.

Es lo cierto, tal como lo afirmó la perito, que la ausencia de huellas o lesiones en el ano no descarta el acceso carnal; sin embargo, si se tiene en cuenta el relato de la menor, según lo explicado, sobre este preciso punto, se itera, se genera una duda razonable acerca de si el acusado accedió analmente con su pene a la menor o si solo le restregaba su miembro viril en sus partes íntimas.

Como la duda debe ser resuelta a favor del acusado, se tendrá que a este solo cabe condenarlo por un concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravados por la posición de confianza que tenía aquel respecto de la niña y absolverlo por el concurso de accesos carnales abusivos.

8. NUEVA TASACIÓN DE LA PENA

En razón a la absolución por el concurso de accesos carnales abusivos con menor de 14 años, el señor **José Joaquín Betancur Arcila**, será condenado por un concurso de actos sexuales con menor de 14 años agravados por el numeral 2 del artículo 211 del C.P.

Así, pues, se debe realizar el proceso de dosificación:

El delito de actos sexuales con menor de 14 años se encuentra consagrado en el artículo 209 del Código Penal, con una pena de 108 a 156 meses de prisión; al agravarse por el numeral 5 del artículo 211, en tanto la conducta se cometió por una persona que tenía un grado de parentesco con la víctima por ser el compañero sentimental de la abuela de la menor, la pena se aumenta de la una tercera parte a la mitad, para una pena en definitiva de 144 a 234 meses de prisión, de conformidad con el numeral 4° del artículo 60 del Código Penal.

Cuarto mínimo	Cuarto medio	Cuarto medio	Cuarto máximo
144 a 166 meses y 15 días de prisión	166 meses y 16 días a 189 meses de prisión	189 meses y 1 días a 211 meses y 15 días de prisión	211 meses y 16 días a 234 meses de prisión

Como dentro del juicio no se alegaron circunstancias de mayor punibilidad; pero sí aflora una de menor como es la carencia de antecedentes penales (art. 55-1 C.P), la pena a imponer, deberá ubicarse en el cuarto mínimo, dentro del cual se impondrá la pena mínima ya que no se evidencia una mayor gravedad de la conducta, conforme a los criterios establecidos en el inciso 3 del artículo 61 ibid., por lo que al señor **José Joaquín Betancur Arcila** se determina una pena inicial de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión.

Empero, como al señor **Betancur Arcila** se le enrostró un concurso de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados ocurridos desde el año 2015 hasta el año 2016, de conformidad con lo estipulado en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, esa pena debe ser aumentada hasta en otro tanto; en consecuencia, la Sala acogerá el criterio inicial de la primera instancia y aumentará la sanción en un 5%, lo cual deja un guarismo definitivo de 151 meses y 6 días de prisión. Este resultado aritmético, también opera para la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, el cual será por ese mismo lapso.

9. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia del 28 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, por medio de la cual se condenó al señor **José**

Joaquín Betancur Arcila, absolviéndolo por el concurso de accesos carnales abusivos con menor de 14 años agravado, y manteniendo la condena por el concurso de actos sexual con menor de 14 años, también agravado. En consecuencia, se le impone a Betancur Arcila una pena principal de 151 meses y 6 días de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

SEGUNDO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

TERCERO: Una vez en firme la decisión, remítase al juzgado de origen para lo de su cargo.

CUARTO: COMPULSAR COPIAS de las presentes diligencias para que se investiguen los presuntos abusos sexuales acaecidos en el año 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado