



SALA PENAL

RADICADO: 053 6060 99 057 2015 07437
PROCESADO: BERNARDO ANTONIO ARENAS CARVAJAL
DELITO: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS y otro
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
ORIGÉN: JUZGADO 2º PENAL CTO DE ITAGÜÍ ANTIOQUIA
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: JUAN CARLOS ACEVEDO VELÁSQUEZ

Aprobado Acta No. 276

Medellín, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

ANTECEDENTES

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria emitida el pasado 2 de noviembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí en contra de BERNARDO ANTONIO ARENAS CARVAJAL.

HECHOS

Según el escrito de acusación, durante los años 2014 y 2015, BERNARDO ANTONIO ARENAS CARVAJAL mientras atendía la

legumbrería de su propiedad ubicada en calle 27 No. 65-89 del barrio San Francisco en el municipio de Itagüí Antioquia conducía a la menor Y.E.M., entre los 12 y 13 años de edad, hasta una habitación para que lo besara a cambio de entregarle \$1.000 y al paso de los días aumentó el monto convenciéndola de dejarse hacer tocamientos en los senos y la vagina así como que ella le realizará sexo oral a él para finalmente penetrarla con sus dedos y con su miembro viril vía vaginal.

ACTUACIÓN PROCESAL

El día 14 de enero de 2020, ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Itagüí Antioquia, la Fiscalía formuló imputación a BERNARDO ANTONIO ARENAS CARVAJAL a título de autor por los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo con acceso carnal y a su vez por el punible de demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años, acto en el que le fue impuesta la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Presentado el escrito de acusación por estos delitos, asumió el conocimiento de la actuación el Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí, cuya titular, después de efectuadas las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral, emitió sentencia el pasado 2 de noviembre de 2022, en la cual condenó a BERNARDO ANTONIO ARENAS CARVAJAL a las penas principal de 22 años de prisión y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones por el término máximo que dispone el legislador de 20 años, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, teniendo como parte cumplida el tiempo que según consta la primera instancia ha estado en reclusión, esto es desde el 14 de enero de 2020.

SENTENCIA RECURRIDA

En su sentencia, la juez después de plasmar las declaraciones de los testigos, pasó a otorgarle la máxima credibilidad tanto al testimonio rendido presencialmente por la menor Y.E.M., como a la entrevista que fuera introducida en juicio de ella, en la que textualmente relató *“yo iba donde él, él me quitaba la ropa, me metía los dedos y yo le bajaba, pues, le chupaba el pene, muchos meses. Luego él me preguntó que, si yo era virgen, yo le dije que sí, porque realmente nunca había tenido relaciones con ningún otro hombre, y él me dijo que si nos podíamos acostar ahí en unas cajas de cartón que él ponía con unos costales y él me daba quince mil (\$15.000) y me lo metía y, que eso no se demoraba nada, y yo accedí. Iba donde él día por medio cuando salía del colegio, y más o menos en la noche que sabía que él estaba allá”¹*

Determinó que, si bien la Fiscalía y el Representante de Víctimas solicitaron la absolución por el punible de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, encontró falta de análisis argumentativo, ya que el argumento fue lacónico, impreciso y corto para una solicitud de tal naturaleza. Considerando que el acusado se comportó como cliente, abusando de la situación de vulnerabilidad de la menor en un entorno de explotación sexual, donde los elementos de prueba con toda la suficiencia demostraron la existencia de este delito.

En tanto el procesado le ofreció y pagó a Y.E.M., sumas de dinero que oscilaban entre \$1.000 y \$15.000 para que accediera a los besos, tocamientos, felaciones y penetración aprovechándose de su vulnerabilidad económica y sociocultural.

¹ Audiencia de juicio oral 04 de agosto de 2021 minuto 02:45:20 a 02:49:02.

Refiriendo los elementos estructurales de los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce años, dice haberse demostrado *(i)* que las ofensas de contenido sexual fueron llevadas a cabo por Bernardo Antonio, mismo que fue identificado como el vecino, dueño de la legumbrería del barrio y a quien conocía con el apodo de "Toño".

(ii) que, respecto a la edad, la víctima señaló que nació el 26 de noviembre de 2001 por lo que se dedujo que para los años 2014 y 2015 contaba con doce y trece años de edad respectivamente. En razón de lo anterior la sentenciadora afirmó que aún si la víctima tolera cualquiera que sea el actuar sexual, su consentimiento está viciado por su inmadurez e inexperiencia. En este sentido, se configuró la circunstancia de agravación punitiva contemplada en el parágrafo, numeral 04 del artículo 217-A del C.P. por ser menor de 14 años.

(iii) En cuanto al acto sexual, Y.E.M., aseguró en juicio oral, de manera contundente y detallada que Bernardo Antonio en reiteradas ocasiones la llevó hasta la habitación de la parte trasera del negocio y allí la besó, le tocó los senos y la vagina por encima y por debajo de la ropa. Además, ilustró que al principio este le manifestó que, si le daba un "besito" le entregaría la suma de \$1.000 a lo cual ella accedió.

Agregó que, el acceso carnal se demostró con el testimonio de Y.E.M., al declarar que después de que ocurrieron los besos y los tocamientos Bernardo Antonio la llevó a una habitación al interior de la verdulería, le quitó la ropa, le metió los dedos y el pene por la vagina.

Resaltó que en una ocasión la llevó a un motel en donde sostuvieron relaciones sexuales y la vistió con una chaqueta de él y un casco para que no identificaran su minoría de edad.

En su sentir la testigo Dora Patricia Moreno Betancur, madre de la menor Y.E.M., además de dar cuenta de detalles que hacen más creíble el relato de su hija, no tenía el más mínimo interés en perjudicar al victimario; porque confirmó que, Bernardo Antonio tenía a su cargo una tienda donde vendía frutas y verduras y donde acudía la menor, siendo muy diciente respecto de la afectación de su descendiente lo que para la juez coincide con la exteriorización de sentimientos de vergüenza y culpa que expresó la niña en el juicio oral y, sin que se pueda avizorar de su parte una tendencia a agravar lo ocurrido.

Del testimonio de la doctora Estefanía Jaramillo Escobar, medica general del hospital San Rafael del municipio de Itagüí, quien después de revisar a la adolescente encontró que su himen estaba perforado, por lo que es dable afirmar que sí existió relación sexual, considerando la juzgadora que fue un criterio técnico científico sin ningún interés propio.

Estimó que de la lectura del informe psicológico que le brindo Y.E.M., a una psicóloga del ICBF, se puede ratificar el señalamiento que la niña le hace a Toño con quien sostuvo relaciones sexuales por dinero.

Respecto a los testigos de descargos, afirmó que Rafael de Jesús Montoya y Luz Elena Callejas Carvajal amigos del procesado; fueron poco detallados lo que interfiere en la certeza de sus manifestaciones, puesto que recurrieron a la suposición de que la víctima se veía mayor de edad, limitando su discurso solo a que Y.E.M., era acuerpada y alta, pero sin recordar aspectos como el color de sus ojos, su estatura

promedio, la forma de su cabello entre otros; como si se tratara de un discurso aprendido.

Afirmó que la declaración de Bernardo Antonio Arenas Carvajal permitió corroborar los escenarios donde se consumaron los delitos. Sin embargo, consideró que su versión ofreció poca credibilidad por cuanto se presentaron algunas contradicciones.

Puesto que *(i)* Aseguró que no conoció a los progenitores de Y.E.M., los cuales declararon que lo frecuentaban aproximadamente desde hacía 30 años atrás; al *(ii)* informar que distinguió a la menor en el año 2014, lo que es incoherente con lo manifestado por Y.E.M., y sus progenitores, *(iii)* Indicó que la relación sentimental se mantuvo desde el año 2014 hasta el año 2020 contrario a lo manifestado por la menor de que los hechos se perpetuaron hasta el año 2015 cuando decidió huir de su residencia con el deseo de no volverse a encontrar con su agresor, *(iv)* precisó que sostenían una relación de noviazgo, sin embargo, su testimonio dejó en evidencia que se trataba de una relación dominante, desigual y utilitarista, en tanto no le preguntó por su edad, en que colegio estudiaba, el grado escolar, ni se presentó ante sus padres ni abuelos. Sumado a ello, manifestó la víctima que ella se ocupaba de satisfacer los deseos del procesado y por ello recibía dinero.

En este contexto, aseveró el Despacho que conforme a los hechos se deduce que en efecto Y.E.M., fue sometida a un ciclo de violencia sexual por parte de Bernardo Antonio Arenas Carvajal a quien declaró penalmente responsable de los cargos formulados por el ente acusador.

DE LA APELACIÓN

La defensa interpuso el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Itagüí Antioquia, con la pretensión de que se revoque la decisión y, en su lugar, se absuelva a su representado de la responsabilidad penal por los cargos formulados.

Sustentó el recurso de alzada en las diversas inconsistencias que bajo su consideración incurrió la a-quo, como quiera que (i) en la narración de los hechos abandonó la dialéctica lineal a partir de lo que postuló el ente acusador como delito en su alegato de conclusión; (ii) tanto la Fiscalía como el Representante de Víctimas partiendo de lo que se probó en juicio oral solicitaron la absolución por el punible de demanda de explotación sexual con menor de 18 años toda vez que, consideraron que no quedó acreditado en el foro público. En este contexto, la congruencia del art 448 del C.P.P. obliga a la Juez a precisar el motivo por cual se apartó de la petición. Agregó que, para que se configure este delito se requiere que el comprador demande con especificidad de tiempo, modo y lugar, además de un intercambio de bienes y servicios, previo acuerdo del precio.

Advirtió que la primera instancia tenía su propia teoría del caso en tanto consignaron hechos que desconocieron lo que se probó en el debate público y concentrado. En un primer momento, la Judicatura indicó que desde que Y.E.M., tenía aproximadamente 7 años de edad visitaba sin supervisión la legumbrería de propiedad de Bernardo Arenas Carvajal, afirmación con la cual la recurrente manifestó su inconformidad dado que los progenitores y la menor afirmaron que ella solo empezó a ir sola cuando estaba más "*grandecita*".

Dice no estar de acuerdo con que; a finales de 2014 la víctima fue a la legumbrería y Bernardo le pidió un beso a cambio de \$1.000 puesto que por el contrario el acusado declaró que en este año empezó a charlar con la víctima, pero no sobre un beso ni plata.

Adujo no ser coherente que la menor no supiera que era un beso, puesto que ya había tenido relaciones sexuales con el esposo de una tía y dos sujetos más en Bello cuando tenía seis años.

Aboga a que, como el acusado no ha negado que sostuvo relaciones sexuales con la menor luego entonces no existió violencia ni lujuria sino un error de tipo o de prohibición, toda vez que, el acusado tenía la convicción que la víctima contaba con más de 14 años de edad.

Respecto al delito de explotación sexual, asegura que entre Y.E.M., y Bernardo no existió una actividad comercial de sexo por dinero e incluso la mamá de la niña testificó que nunca advirtió que su hija tuviera más dinero del que ellos le proveían puesto que no tenía necesidad de esos fondos adicionales.

Contrarió que cuando la víctima confesó que Bernardo la llevó a un motel, no le dijo que fueran a un lugar "*más tranquilo*" como registra en la sentencia, sino que le propuso ir a un sitio más bonito. Adicionalmente apunta que, portar una chaqueta y un casco es un deber de todo motociclista y no como lo afirmó la Juez que se debió a que el procesado le sugirió que no se lo quitara porque él conocía la condición de menor de edad de Y.E.M.

Así mismo, indicó que no se declaró en juicio que en esta ocasión el procesado le dio a la menor \$15.000, y que más bien fue una inferencia

de la falladora dada la afirmación de la víctima al indicar que cuando tenían relaciones éste le daba esta suma; la cual no constituía un pago sino una contribución para que su novia comprara dulces en la escuela.

Con relación al acápite donde la juez indicó que, luego de que la víctima tuvo una clase de educación sexual se percató que estaba siendo abusada y decidió huir de su casa y que Y.E.M., manifestó no haberle contado a su mamá porque creía que era una cosa mala y le daba vergüenza. Considera la abogada que era ilógico porque esta también le manifestó a la psicóloga que desde los 6 años había tenido relaciones sexuales con otros hombres. Agregó que, mientras Bernardo estaba enamorado de la víctima, está a sabiendas que estaba realizando una conducta de vergüenza, continuaba haciéndolo por dinero.

Aseveró que la madre de la menor no ejecutó una búsqueda exhaustiva ya que, cuando esta última acudió a la residencia de Linda Corina ella le avisó a través de Miller su novio que Y.E.M., estaba en su casa huyendo de los constantes castigos de su progenitora. Motivo por el cual, la madre fue a la residencia en compañía de la Policía y dado que la menor se mostraba reacia a regresar se la llevaron para la Estación del barrio Prado donde relató las difíciles condiciones que vivía en su hogar.

En igual sentido, argumentó que tanto la menor como su madre indicaron que le había contado de su relación con Toño a una Policía, pero nunca se habló de relaciones sexuales, además, esta información no se pudo corroborar porque la funcionaria no fue llevada a juicio. Añadió que, la madre declaró que Bernardo le daba a su hija dinero por favores sexuales y le iba subiendo la tarifa, expresiones que en su sentir fueron puestas en sus labios porque no es de conocimiento público y

menos con el grado de escolaridad de la madre, quien, además, no fue testigo de ningún hecho puesto que Y.E.M., nunca le contó.

Expresó que no entiende porque la Juez de instancia señaló que la situación perpetuada por Bernardo le produjo a la víctima sentimientos de tristeza, vergüenza y culpa, en tanto Y.E.M., testificó que actualmente no la afecta mucho, pero si la afectó en todos los aspectos, pero no dice en cuales.

Para la recurrente, nunca se demostró que Bernardo Arenas conocía que la víctima tenía menos de 14 años, incluso ella en su declaración solo manifestó que el procesado sabía que era menor, lo cual es el elemento integral del delito. Abonado a ello, este le preguntó a Y.E.M., si era virgen pregunta que en su opinión no se le hace esta pregunta a una niña sino a alguien que aparenta más de 14 años.

Sostuvo que, los testigos de descargos Luz Helena y Rafael Aguirre, declararon que Y.E.M., se veía de mayor edad de la que tenía y que la vieron en la legumbrería varias veces. Incluso, su fisionomía confundió a Linda Corina que era cercana a la familia.

Agregó que, el testimonio de Y.E.M., fue vacilante y dubitativo porque cuando se le preguntó por su edad; tema que forma parte de la tipicidad de los delitos, el Despacho tuvo que requerirla varias veces para que fuera clara. En este sentido, al preguntarle cuando cumplía los 14 respondió: *"...los cumplí el 26 de noviembre del 2013"* pero cuando la fiscalía la requirió para que precise su edad ella contesta *"...ahhh no ya para el 2014 cumplí 13 años"* y este aspecto no fue debidamente probado con la regla de mejor evidencia esto es, el registro civil de nacimiento.

Reiteró que, la declaración de la menor no se tornó contundente ni veraz, en virtud de que en el informe que ingresó a juicio por la homologa profesional Gloria Helena expresó que ya había tenido relaciones sexuales con más hombres, que se dejaba dar besitos por el señor de la revueltería por \$3.000 y luego hicieron el amor por \$5.000 contrario a lo que dijo en juicio. En su sentir, es relevante que manifestó que con el esposo de la tía tenía relaciones, pero con Toño hacia el amor; expresión encaminada a una relación de pareja.

Destacó que la menor nunca manifestó que se sintió acosada, coartada o explotada pues era ella quien voluntariamente iba a la legumbrería y buscaba el dinero que le daba Bernardo no como pago sino como obsequio.

Precisó la recurrente que, respecto al delito de demanda de explotación sexual se sale de las normas que están llamadas a regular el caso como lo es el artículo 217A, en vista de que la señora Juez de instancia desbordó su análisis porque señala normas que corresponden a otros delitos.

Explicó que, no se estableció restricción a la libertad sexual porque lo que se declaró fue que Y.E.M., cuando se veía sin dinero para llevar a la escuela acudía donde Bernardo Antonio para que le diera más, a pesar de que no lo necesitaba según lo manifestado por sus progenitores.

Sobre el postulado que la menor se puso a llorar en juicio al recordar el abuso, manifestó que no le resultó coherente en tanto en la entrevista que reposa en el informe leído por Gloria Helena, dijo: *"yo sé que de pronto no está bien, pero la verdad a veces me arrepiento de haber contado todo, porque si no en este momento tendría plata y no tendría*

que pedirle a mi mamá". Indicó que se evidencia que no estaba compungida por lo que le había ocurrido sino porque se había terminado.

En cuanto a la declaración de Y.E.M., que se bañaba después de tener relaciones sexuales, argumentó que es una práctica de mera higiene personal debido a los fluidos emanados por el cuerpo, más no, porque le tuviera asco al procesado.

Por otro lado, expuso que en la audiencia preparatoria la Fiscalía argumentó la pertinencia y utilidad de las pruebas y en este sentido los progenitores de Y.E.M., no se deben tener como testigos de corroboración toda vez que, como lo manifestó la víctima, solo le contó a la Policía lo que sucedió con el señor Bernardo Antonio Arenas.

Además, de que ninguno de ellos dijo que habían rendido una declaración anterior, tampoco se argumentó una causal del artículo 438 de C.P.P. como prueba de referencia. Agregó que no fueron citados a juicio oral para declarar sobre la edad de la menor, ni sobre los delitos acusados, por lo que solicitó la exclusión de las mentadas pruebas.

Finalmente, relató que la instancia negó que Bernardo Antonio fuera hijo cabeza de familia pese a que se dejó claro que era quien velaba por los cuidados de su progenitora, sin que señalara la razón por la que otras personas pudieran hacerse cargo de ella, argumentando que no se probó que su madre no tenía alguien más que sin sacrificar sus propias obligaciones pudiera hacerse cargo de ella.

En razón de los argumentos expuestos anteriormente, pretende que se revoque la decisión de la *a-quo* y se considere el error de tipo y el de prohibición alegados por la defensa.

CONSIDERACIONES

La Sala pasará a establecer la juridicidad y acierto de la sentencia de primera instancia, siendo competente para ello, al encontrar que la defensora tiene legitimidad e interés para mostrar su inconformidad.

Antes de descender a los principales reproches expuestos por la impugnante respecto a 1) la solicitud de absolución frente al delito de demanda de explotación sexual, 2) al supuesto desconocimiento de su prohijado sobre la edad de la menor y a 3) la negativa del subrogado en atención a una aparente condición del procesado de padre cabeza de familia.

La Sala procederá previamente a puntualizar cada una de las contrariedades que si bien, pueden hacer parte de la valoración probatoria son ajenas a los temas centrales que acaban de enlistarse y que según la impugnante de manera repetitiva dice, existieron dentro del desarrollo del juicio oral.

i) La primera contrariedad que recrimina consistió en que la juez de modo discrecional plasmó en los hechos que "era habitual que desde aproximadamente los siete (07) años de edad, la menor Y.E.M., visitara sin supervisión la legumbrería del vecindario".

Pudiendo evidenciar la Sala que efectivamente en los audios testimoniales no registra lo antepuesto, no obstante, *-de manera puntual-* tal aseveración no es del todo desacertada debido a que la menor aproximadamente desde los 7 años incluso desde antes sí asistía a la verdulería, pero lo que no quedo registrado es que sus visitas fueran sin supervisión desde esa edad, conjetura de la juez que no se torna

trascendental, en tanto no compromete al procesado con los delitos endilgados, ya que la juez continúa exponiendo que la materialización de los mismos fue posterior a como da inició al relato de los cuestionados hechos.

ii) Del mismo modo puede denotarse que según la declaración de la menor Bernardo Antonio sí le pidió que se dirigieran a un lugar más bonito y no más tranquilo, como advierte la censora, sin que la anterior errata constituya ninguna alevosía ante la magnitud de lo que aquí se justiprecia.

iii) También tenemos que contrario a lo rebatido por la impugnante, la juez sí fue acertada al sostener que la menor recibió charlas en el Colegio, quedando probado lo anterior mediante el interrogatorio que rindió la impúber cuando la Fiscalía le pregunta:

“¿cuándo empezaste a entender que eso no era algo bueno?”

Y.E.M.: porque una vez en el colegio nos dieron charlas que no era bueno como que alguien que no fuera familiar lo tocara a uno y lo manoseara y yo decía como eso es lo que me están haciendo aquí, y entonces yo me salí de la sala porque yo me sentí muy mal (llora) entonces le dije a una amiguita que me explicara porque yo seguía sin entender por qué me había dicho que hiciera esas cosas si era algo malo, entonces ya luego ella me explicó. Luego en el colegio en un tiempo nos dieron muchas charlas del cuidado de todo eso y ya fui entendiéndolo.

FISCAL: ¿cuándo les dieron esas clases, cuantos años tenías?

Y.E.M.: yo ya tenía 12 o 13 años. Ahí fue que empecé a pensar lo que me estaba pasando. Ya luego cuando yo ya cumplí como los

14 fueron una gente como de la policía a contarnos como cosas así.”²

iv) La defensa apoyada en el testimonio de Linda Corina, revalida que Y.E.M., huyó de su casa a causa de conflictos, lo cual fuera desmentido por la menor cuando dentro del juicio depuso:

“Y.E.M.: Yo llegué a un punto donde ya no quería seguir yendo donde él y yo sentía que era como obligatorio. Entonces, yo me fui, pues yo le dije a mi mamita que me iba a ir para una piscina que queda como a dos cuadras de la casa y realmente me fui para donde Linda Corina en ese entonces era la novia de mi primo.”³

Del mismo modo la señora Dora Patricia, madre de la menor, desmintió que hubieran tenido algún disgusto:

“FISCLIA: ella tuvo algún disgusto con usted

TESTIGO: no señora

FISCLIA: por qué entonces no quería volver a su casa

TESTIGO: porque se sentía mal por lo que venía pasando con el señor Bernardo que había tenido relaciones a cambio de dinero con él.”⁴

v) Dentro del mismo contenido refiere la abogada que la menor no mencionó que después de padecer los vejámenes con su victimario sentía asco hasta el punto de tener que ducharse, sino que lo hacía “*por mínima regla de aseo*”⁵ siendo totalmente desmentido por la menor cuando le preguntaron:

² Minuto 3:14:40

³ Minuto 3:09:26

⁴ Minuto 1:34:34

⁵ Sobre que, debido a que, por el gasto de calorías, y excitación de los sentidos y del órgano de la piel, además de los fluidos que se comparten emanados del cuerpo después de tener relaciones sexuales (sudor y semen),

"FISCAL: ¿tú que sentías en el momento en que estaban pasando estas situaciones con el señor Bernardo?"

*TESTIGO Y.E.M.: al principio normal, yo lo tome como algo normal porque yo no sabía nada de eso. Luego cuando fui sabiendo de lo que estaba sucediendo realmente **me daba asco**, yo llegaba de allá por ejemplo cuando iba después del colegio me bañaba y me sentía como cochina conmigo misma por lo que estaba permitiendo, pero no era capaz de hablarlo con nadie."*⁶

vi) Se adolece la apelante de que no hubieran sido conminados al estrado los agentes de Policía que entrevistaron a la niña cuando se encontraba en casa de la novia de su primo Linda Corina por haberse evadido de su hogar.

Testigos que, para la Sala, aunque puedan tener una relación con lo que es objeto de debate, sus declaraciones no solo hubieran ingresado como prueba de referencia, sino que no son prueba presencial del hecho punible, y menos aun cuando se obtuvo la comparecencia de la menor en juicio, quien de manera directa brindó todos los pormenores de los vejámenes que sufrió.

vii) Dice desconocer la apelante de que fuente la juez afirmó que a Y.E.M., lo ocurrido con Bernardo Arenas le produjo sentimientos de tristeza, vergüenza y culpa. Encontrando la juzgadora inversamente y de manera constante que la menor en su intervención se refiere a que empezó a abrigar vergüenza, lo que en su sentir desencadenaba en tristeza y culpa, como se puede apreciar en los siguientes apartes de su testimonio:

es lógico que se pretenda con el baño o la ducha quitar estas sustancias, pero no por asco, sino por mínima regla de aseo, según las reglas de la sana crítica.

⁶ Minuto 3:21:00

"TESTIGO Y.E.M.: a mí me afectó en todos los aspectos y a mi familia también.

*A mí me afectó porque cuando supe lo que realmente me había pasado me sentía inferior a la demás gente y me sentía culpable porque había permitido esas cosas en mí y no fui como capaz de decirlo antes. Me sentía como mal, yo quería hablar con la demás gente, tuve mucho conflicto ya después de que la gente supo por ejemplo de mi casa porque yo sentía que no era lo mismo como me veían digámoslo mi mamá, mi papa, de hecho, mi papa no me preguntaba por el tema y yo sentía que era **vergüenza** o algo así. Pues hoy en día no me siento mal por lo que paso en ese tiempo, sino que me siento mal conmigo misma porque siento que yo misma no me respetaba".⁷*

(...)

FISCAL: ¿a qué problema te refieres?⁸

*TESTIGO Y.E.M.: fue que ya me llevaron a hacer muchos exámenes, me llevaron a contarle a mucha gente lo que me había pasado y yo me sentía incomoda porque me daba **vergüenza**.⁹*

llora¹⁰

*TESTIGO Y.E.M.: Me empezaron a preguntar todo lo que había pasado y yo no pensé que fuera algo grave, porque yo en su momento lo veía como algo normal. Y ya luego, yo no entendía que habían abusado de mí que todo eso porque yo no entendía que, por tener una edad, yo no entendía y a mí me dio mucha **vergüenza** porque tenía que contar eso y que decir la verdad.*

FISCAL: ¿tú porque no le contaste a tu mamá?

⁷ Minuto 3:22:40

⁸ Minuto 3:10:25

⁹ Minuto 3:11:06

¹⁰Minuto 3:11:23

*TESTIGO Y.E.M.: Desde un principio. Porque sabía que tener plata de otra persona era algo malo y siempre pensé que me iban a juzgar a mí y me iban a reclamar a mí por algo que yo no sabía porque realmente no lo entendía. Y me daba como **vergüenza** porque el señor era muy (ininteligible) yo iba donde él para que él me manoseara entonces era como que iban a pensar en mi casa de mí, mi mamá. Me daba mucha **vergüenza** contarle a mi mamá.”¹¹*

viii) Adicionalmente a lo anterior vemos como la abogada pierde el enfoque en el que nos encontramos, esto es que se está tratando con una persona que fue abusada y a la que frente a su testimonio¹², por demás consecuente y directo, se sintió juzgada e incriminada por (i) lo vivido con su agresor, y (ii) porque finalmente y a pesar de que recibía dinero, lo que hacía no la satisfacía, pues como ella lo exteriorizó se sentía mal afamada por su familia a quienes tuvo que enfrentar sometiéndose a un juicio por parte de ellos, lo cual hizo que se sintiera intimidada, es por ello que en el transcurso de su relato no se denota que haya falacia cuando de entrada respondió de manera pausada e imprecisa al intentar emparejar su edad con el año transcurrido, pudiéndose ver que estaba haciendo la cuenta para responder acertadamente, así:

"FISCAL: ¿cuándo cumpliste los 14?

*TESTIGO Y.E.M.: los 14 los cumplí el 26 de noviembre de 2013.¹³
ah no, ya para el 2014 cumplí los 13.*

FISCAL: Yara, ¿en qué fecha naciste?

TESTIGO Y.E.M.: nací el 26 de noviembre de 2001

¹¹ Minuto 3:13:38

¹² Fechado el 4 de agosto de 2021

¹³ Minuto 2:44:18

FISCAL: entonces para noviembre del año 2015 ¿cuántos años cumpliste?

TESTIGO Y.E.M.: Catorce”¹⁴

Por su parte la madre de la menor a la pregunta de la defensa "*¿Para qué año cumplía los 14 años la niña?*", respondió "*el 26 de noviembre de 2015.*"¹⁵

ix) Testimonios que dan al traste con lo que la abogada interfiere al revelar que no se cumplió con la identificación de la menor. Lo cual quedó demostrado no solo con los testimonios de las testigos que como viene de leerse, éstas bajo la gravedad de juramento, coinciden en proporcionar la fecha exacta de nacimiento de Y.E.M.; al igual que con los informes médicos que deben ser generados con la obligatoria presentación del documento de identidad de la paciente para que pueda ser atendida, siendo fiel copia de lo consignado en el original que la identifica, ejerciendo la Fiscalía la libertad probatoria, que tiene habilitada.

x) A continuación, expone la abogada que la sentencia está fundamentada en consideraciones subjetivas, remitiéndose a la emisión del sentido del fallo, sin embargo, después de hacer el análisis de rigor, no es dable darle el suficiente valor a la etapa controvertida; al denotarse que por parte de la defensa su argumento yace desde su percepción, puesto que cuestionó que la juez se advierte apasionada e impactada.

Lo cual es una apreciación completamente subjetiva de parte de la interlocutora quien al desconocer temperamentalmente a la directora del proceso puede generar un discernimiento que no se compadece con los

¹⁴ Minuto 2:43:55

¹⁵ Minuto 1:12:55

reales sentimientos emitidos y que no influye en la determinación de la decisión, porque en estricto sentido su motivación no se muestra sesgada en la medida en que su providencia se torna debidamente fundada en lo que se probó en juicio, dentro del que le dio toda la credibilidad al testimonio brindado por la menor y con este profiere el sentido de fallo en el que como era su deber expuso los argumentos que en derecho la llevaron a tomar más allá de toda duda, una decisión condenatoria.

1. Es así como la Sala procederá con uno de los principales reproches que plantea la defensa y es respecto al delito de **Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona Menor de 18 Años de edad**, del que necesario es empezar por indicar que la juez sí fundamentó por qué decidió condenar al procesado por este delito que le fuera enrostrado, y por el que fue solicitada su absolución, puesto que para la sentenciadora *"quedó demostrado que Bernardo Antonio optó por ofrecer y pagar sumas de dinero a su víctima con el ánimo de lograr su cometido ilícito en lo que tiene que ver con los actos y acceso carnal"*.¹⁶

Dentro del proveído de primer grado puede distinguirse como la juez con la suficiencia necesaria precisó por qué se apartó de la petición de absolución que elevara la Fiscalía y el representante de víctimas, determinación que la Sala comparte ante la premisa de la existencia del principio de congruencia la cual involucra una limitación del objeto inmutable en el proceso penal, es decir, los hechos que son los que habilitan el resultado jurídico penal en lo concerniente a la consonancia que debe haber entre el escrito de acusación y la sentencia, coincidencia que se dio en el presente asunto y donde necesariamente las solicitudes

¹⁶ Sentido de Fallo Minuto: 1:47:35

que en los alegatos de conclusión pretendan los sujetos procesales, son meramente actos de postulación de parte que **no obligan al juez**.

Del mismo modo podríamos decir que el ente fiscal incurriría en una vulneración al principio de congruencia, en tanto resulta inverosímil que si la Fiscalía acusa por un delito donde según los hechos que la misma unidad acusatoria investigó y en el que además interviene durante el desarrollo del proceso con el ímpetu de demostrar que las pruebas recaudadas acreditan la ocurrencia del hecho y por ende la responsabilidad en la comisión del delito que para el caso es el de la demanda de explotación sexual que le asistía a Bernardo Arenas, cómo puede ser consecuente que al final este representante de la Fiscalía eleve una solicitud de absolución, puesto que inexorablemente debió haberla conducido a una sentencia en igual sentido a la acusación.¹⁷

Que, en principio, el deber ser, sería una automática decisión absolutoria, lo cual no constituiría una verdadera providencia judicial sino un acto de refrendación de la discrecionalidad de la parte acusadora.

Con la que además tendería a cesaciones sin ningún control judicial, motivo por el que, en el presente asunto ello es inviable, puesto que en el caso de la Fiscalía no es el ente que ostenta el poder de decisión, sólo de postulación en tanto su rol es el de investigar y acusar, mientras que el del juez de conocimiento es el de juzgar y decidir.

Aunque sea a voluntad de la Fiscalía o representante de víctimas la pretensión de absolución, en cualquiera que sea el caso, tal solicitud no

¹⁷ "Sin embargo, es claro que el pluricitado artículo 448 consagra estrictamente la necesaria congruencia que debe existir entre la sentencia condenatoria y el acto de la acusación que, como se vio, en lo jurídico puede sufrir modificación en beneficio del acusado." Sentencia

puede adoptar forma distinta al de una petición, ratificándose que el poder de decisión radica exclusivamente en el juez que está conociendo el asunto, en tanto son los jueces los que ostentan plena independencia jurídica como bien fuera sostenido por nuestro Tribunal de Cierre al establecer que:

"Es importante anotar que en la decisión referenciada se advirtió que la disposición normativa excepcional es lejana al contexto del sistema acusatorio colombiano, pues la regla general es la inexistencia de una potestad dispositiva de la acción penal, por lo que, en punto a la cesación del ejercicio de la misma, la Fiscalía sólo cuenta con facultades de postulación. Tal contexto de la persecución penal vendría demarcado por el principio de legalidad y de intervención judicial.

"Esta norma, debe resaltarse, se muestra aislada dentro del contexto de lo que se decanta en el sistema acusatorio colombiano en torno de las facultades del fiscal, pues, se repite, bajo el imperio del principio de legalidad y dentro del entorno de las muy limitadas posibilidades de disponer autónomamente de la acción penal, en la generalidad de los casos, su potestad deviene en simple posibilidad de postulación, sujeta siempre a la decisión del juez (de control de garantías, en los casos de aplicación del principio de oportunidad, y del juez de conocimiento, respecto de la solicitud de preclusión), sin que esa decisión opere solamente formal o limitada por la manifestación del fiscal."¹⁸

Según lo anterior, y al arribarlo al asunto de marras, como lo es la solicitud de absolución, sólo podría ser acogida por el juzgador si concurre la específica causal de ausencia de responsabilidad, o sea que el sentido de la decisión sólo puede depender de que exista o no la

¹⁸ Sentencia SP6808-2016 - Radicación N° 43837

convicción más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, porque aunque medie un acto de postulación de partes, estas se encuentran sometidas a la decisión judicial y nunca operan por la voluntad autónoma de la Fiscalía General de la Nación.

Así las cosas, la postura que dejará la Sala al coadyuvar a la juez de instancia en su posición de apartarse al rogado de la Fiscalía y del representante de víctimas no es el de la violación sobre el alcance del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, sino el de priorizar el valor que ejerce la plena libertad que ostentan los juzgadores para decidir, y con esta bien pueden acogerse o apartarse de las solicitudes de absolución, claro está, posterior a haber efectivizado una minuciosa y responsable valoración probatoria, ya que de lo contrario la Fiscalía entonces ejercería como juez, puesto que *"Una sentencia que "decida" absolver al acusado porque la Fiscalía así lo "solicita", con exclusión del ejercicio de valoración -autónoma e independiente- de las pruebas válidamente incorporadas; no constituye una verdadera decisión judicial sino la mera refrendación de la voluntad del acusador."*¹⁹

Para colegir se deja por sentado que retóricamente nos encontramos ante un sistema penal acusatorio donde prevalece el principio de la legalidad exigible en cualquier acto procedimental mismo que se materializa mediante el debido control judicial que obligatoriamente debe seguirse por parte de quienes ejercen la probidad labor de administrar e impartir justicia, como fuera aclarado por la Corte Suprema al indicar que:

"Es claro, entonces, que frente a la sentencia que debe producirse luego de surtido el juicio oral, el poder de decisión siempre reposa

¹⁹ Sentencia SP6808-2016 - Radicación N° 43837

en el juez de conocimiento y que, en consecuencia, en el delegado de la Fiscalía radica sólo un poder de postulación que se ejerce desde la misma presentación de la acusación y culmina con las alegaciones posteriores al debate probatorio en la etapa de juzgamiento. Esa conclusión es tan cierta que el mismo estatuto procesal, en los artículos 446 y 448, define la intervención de las partes en los alegatos de conclusión como meras solicitudes.²⁰

1.1 Una vez definido lo anterior, procederemos a arribar directamente a la certeza de la consumación del delito y con este a la responsabilidad del procesado, en el que dentro de la valoración probatoria quedó demostrado que la demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad se configuró con el solo hecho de “darse el ofrecimiento de dinero a cambio de sexo”, partiendo de que se trata de una menor de edad y no de una empresa organizada para la explotación sexual, como suspicazmente pretende plantearlo la abogada con los siguientes argumentos falaces.

Pues es inconcebible determinar que el punible no se configura porque (i) la niña y el procesado no hubieran acordado el precio con anterioridad, o que (ii) la menor no le hubiera expuesto -las tarifas que manejaba por los servicios sexuales-, bajo el argumento que las sumas de dinero que su prohijado le entregaba a ella eran fluctuantes, desconociendo que la niña no estaba ejerciendo la explotación de su cuerpo de manera consciente y quien dominaba la situación es un adulto de 51 años, que, en comparación con su víctima, albergaba un mayor conocimiento y bagaje vivencial con el que pudo determinarse en solicitar sexo en contraprestación de dinero.

²⁰ Sentencia SP6808-2016 - Radicación N° 43837

Pues la transgresión debe ser encuadrada conforme a los protagonistas, en tratándose de una niña frente a un hombre superiormente mayor en edad y que por ende era él, el que, al estar supuestamente enamorado, le debía amparo y cuidado a la menor quien bajo la gravedad de juramento confirmó que la persona que le propuso un abanico de precios monetarios a cambio de que ella accediera a sus variados requerimientos sexuales fue Bernardo Arenas. Como precisamente la vulnerada lo indicó:

(...)

*"TESTIGO YEM: Entonces, yo la verdad seguí yendo y él me decía que si me dejaba tocar la parte de debajo de la blusa que tenía **me daba** más. Que me dejara meter los dedos de él por mi vagina y me daba \$5.000 y él me dijo que si nos podíamos acostar en unas cajas de cartón que él tenía con unos costales él **me daba** \$15.000 y él me lo metía y ya que él me daba \$15.000 y que eso no se demoraba nada. Y yo accedí."*²¹

Y sin desmeritar la primera conducta punible en la que certifica la infante que:

(...)

*"él un día me dijo que si me dejaba dar un beso él me iba a dar a cambio dinero. En ese momento yo lo vi como algo normal porque no sabía realmente como que era un beso o algo así y entonces él me dijo que me agachara debajo del mostrador y efectivamente me dio el beso y me dio \$1.000 pesos."*²²

Acto que la censora lo referencia de manera textual así: *"Es más, la forma en que ocurrió ese evento, evoca un sentimiento furtivo, tierno,*

²¹ Minuto 2:45:42

²² Minuto 2:45:42

locuaz, pero no una aberración sexual.”

En sentir de la Sala tal relato sí genera un sentimiento, pero no de ternura, sino de escozor, puesto que es una pequeña a quien Bernardo Antonio Arenas la involucró en este mal llamado negocio sexual porque él con sus ofrecimientos logró que la menor accediera a tal aberración.

Del mismo modo Y.E.M., nunca visualizó que hubiesen entablado una relación amorosa, puesto que ella no manifestó expresiones como que, éramos novios, él me enamoró, nos enamoramos, así como tampoco puede advertirse la necesidad de que lo hubiera negado, ya que no demostró ninguna intención en perjudicarlo.

Siendo uniforme la niña cuando durante todo el interrogatorio contextualizó que ella tenía que acceder a sus deseos sexuales para poder obtener su dinero y donde él directamente es el de la iniciativa de ofrecerle beneficios económicos desde el primer momento, y aun cuando fuera ella quien se dirigiera al establecimiento de su victimario, inicialmente no lo hizo con esa intención, sino que Bernardo Antonio aprovechando la oportunidad, era quien consumaba el delito.

Resultando irrazonable el incoherente sentido que pretende proyectar la apelante, al señalarla a ella de irlo a ver y que no era él quien la buscaba a ella, desconociendo que su defendido constituyó elementos típicos del delito ya que (i) al hacerle el primer ofrecimiento de dinero, logró que la menor continuara acercándose a la legumbrería para que en trueque de dinero practicara con Bernardo tocamientos libidinosos, felaciones y accesos carnales, y (ii) aunque fuese ella quien concurría, él no debía entonces continuar con sus ofrecimientos cada vez que ella llegaba.

Siendo este el actuar delictivo con el que se contraría lo expuesto por la recurrente, al verse configurado el verbo rector de demandar ya que no era tan voluntariamente que Y.E.M., acudía, ni como expone la libelista que la obligara a ir o que se sintiera explotada; sino que él logró *-gracias a la inmadurez que en razón a su corta edad ella ostentaba-* que acudiera en busca del beneficio del dinero como contraprestación y no como erróneamente dice la censora que era un obsequio; ni que el actuar de la menor era con gusto, puesto que la víctima en su testimonio aseguró que empezó a sentir lo ocurrido como una obligación y por eso decidió irse de la casa para no tener que ir donde él, como puede confirmarse, de su declaración:

*"TESTIGO Y.E.M.: yo llegue a un punto donde ya no quería seguir yendo donde él y yo sentía que era como obligatorio. Entonces, yo me fui... "*²³

FISCAL: y cuando te diste cuenta que eso era malo ¿seguiste yendo donde Bernardo?

*TESTIGO Y.E.M.: si, pero no iba con tanta frecuencia. Pero realmente ya iba porque ya estaba acostumbrada a la plata entonces yo iba por eso."*²⁴

Porque según expuso que, aunque sus padres le dieran dinero, ella reunía más, al explicar... *"me lo llevaba para el colegio y me gastaba con mis amigas porque juntaba ese dinero con el que me daban mis papás y pues invitaba a mis amigas a cosas en el colegio a mecato y a la salida."*²⁵

La menor en todas sus declaraciones siempre sostuvo que las relaciones sexuales y los actos sexuales de su parte dieron inicio y se mantuvieron

²³ Minuto 3:08:00

²⁴ Minuto 3:16:08

²⁵ Minuto 2:54:07

gracias al constante ofrecimiento de dinero por parte de Bernardo Antonio Arenas Carvajal como retribución, incluso podría deducirse que despertó en ella la necesidad de convertirse en una mujer *-prepago*, al reiterarse lo descrito por la juez, cuando indicó que el procesado consiguió *"inculcar en la mente de una niña de tan solo doce (12) años (cuando se dio el primer agravio sexual y ofrecimiento de dinero), que su indemnidad sexual era cuantificable económicamente."*²⁶

Desde ningún punto de vista el procesado tenía por qué ofrecerle algún valor monetario en recompensa, al estar tratando con una menor de edad y mucho menos en canje por sexo; con lo que no puede verse alterada la legalidad de la sentencia.

Del mismo modo el hecho de que la madre de la menor no hubiera notado que Y.E.M., poseía más dinero de lo normal, no es indicativo de que Bernardo Arenas este exento de la comisión de este delito, además la menor procuraba que la madre no se percatara, como nos lo hizo saber a continuación:

"FISCAL: ¿cómo hacías para que tus papás no se enteraran que tenías más dinero del que ellos te daban?"

*TESTIGO Y.E.M.: yo todo me lo bregaba a gastar en el colegio que ya cuando llegara a mi casa no tuviera nada. Yo antes les pedía, les decía que ya no tenía más plata para que ellos no sospecharan.*²⁷

Sin que tampoco la Sala perciba incompatibles los dichos de la señora Dora Patricia al expresarse con las palabras como *"tarifa"*²⁸ o *favores*

²⁶ Página 40 de la Sentencia de Instancia

²⁷ Minuto 2:55:12

²⁸ *"FISCAL: ¿usted sabe cuánto dinero le daba el señor Bernardo a su hija Yara?"*

sexuales", puesto que son dos enunciados, que pese a que según afirma la abogada pueda verse poco ilustrada, bien los puede utilizar sin que emanen ningún tipo de suspicacia para el asunto que se investiga.

Insistiendo la abogada en que, debe ser descartado de plano el delito de demanda de explotación sexual, ya que, la juez no manifestó que Y.E.M., hubiera recibido dinero el día que la pareja asistió al motel; de lo que huelga decir que tal situación es completamente ajena para definir la supresión del delito endilgado, en la medida en que el no haberse conocido que le entregó dinero, no es óbice para endosarle el punible; es que definitivamente nada logra inocular el delito de demanda de explotación comercial sexual en persona menor de 18 años de edad, el cual fue consumado con las demás actuaciones probadas en juicio y por ende materializadas por Bernardo Antonio Arenas Carvajal.

Para culminar con el delito que viene de tratarse nos referiremos a que en cierta medida como discrepó la impugnante, sí bien puede verse desbordada la juez de instancia respecto al haber enlistado los artículos 213 al 219A del C.P.; se puede discurrir que la juzgadora al aludir normas que no están llamadas a regular el presente caso²⁹, lo hizo solo para compilar los artículos que conceptúan la explotación sexual, pero sin que le estuviese imponiendo ninguno de ellos al implicado.

2. Ahora bien, al arribar al reproche formulado por la impugnante el cual funda en el **error de tipo** ante el supuesto desconocimiento de su prohijado sobre la edad de la menor al inicio y durante el transcurso en que ocurrieron los hechos.

TESTIGO Dora Patricia: ella me decía que le daba mil, tres mil, cinco mil. O sea que el señor fue subiéndole como la tarifa. Eso fue lo que yo le entendí a ella. Ella me decía, si yo me dejaba tocar o meter los dedos me daba 5.000, ya si yo accedía a más cosas me daba más plata."Negrilla fuera de texto. Minuto 41:30

²⁹ Siendo el artículo 217A, el único competente con el delito que se trata.

Lo que, para la Sala es una teoría insostenible el que pueda existir un error de tipo en el presente asunto, puesto que Bernardo sí tenía pleno conocimiento que su víctima era menor de 14 años de edad.

Y prueba de ello es que la juez de instancia conforme a la ley de la experiencia se atrevió a afirmar que en una persona madura como Bernardo quien contempla más de los 50 años de edad y realmente enamorado no es común que sostenga una relación amorosa tan a la deriva, es decir, que no ejecute actos en procura de formalizar su relación sentimental, con lo que solo deja ver que las intenciones con la niña eran al margen de la legalidad, porque de lo contrario hubiera formalizado su supuesto noviazgo ante los representantes legales de Y.E.M. Nada le impedía solicitarles su anuencia, ya que digamos -en gracias de discusión- si él tenía la convicción de que ella era mayor de 14 años lo hubiera hecho, puesto que no se trata de un adolescente quienes suelen entablar relaciones a escondidas, pero como por el contrario estaba convencido de que ella ostentaba la minoría de edad sabía que no podía presentarse frente a los papás de ésta.

Lo que le demuestra a la Judicatura, que debía conservar la relación, pero bajo la clandestinidad y más aún frente a los progenitores dada la minoría de edad de la transgredida, como fuera delatado por Y.E.M.:

"FISCAL: tú nos has manifestado que él te dijo que no contarás, ¿específicamente que fue lo que te dijo?"

*TESTIGO Y.E.M.: ay a nadie le vaya a decir que usted viene acá donde mí y yo le doy plata, no le vaya a contar de esto a sus papás ni a nadie que yo puedo meterme en problemas."*³⁰

³⁰ Minuto 3:24:20

Como bien quiso significar la sentenciadora, Bernardo no ostentaba un interés al menos decente para con la niña, ya que como según afirmó él, eran la "*pareja ideal*"³¹, porqué nunca se preocupó por saber temas tan básicos como los que en juicio dijo desconocer de su compañera,

"JUEZ: ¿sabe en qué grado estaba?

TESTIGO BERNARDO: No Dra.

JUEZ: ¿Usted sabe ella en qué fecha cumplía años?

TESTIGO BERNARDO: No Dra., no sabía.

JUEZ: ¿En algún momento usted llegó a visitarla en la casa de ella?

*TESTIGO BERNARDO: No Dra."*³²

Concluyendo la juzgadora en su sentencia que:

(...)

*"la Judicatura razona, ¿a qué tipo de relación de noviazgo se refirió el Acusado, cuando este no se interesó mínimamente por los asuntos personales de esta menor femenina?, no le preguntó por su edad, por el colegio donde estudiaba, el grado escolar, no se atrevió a presentarse ante sus padres y abuelos, no la visitó en su casa, como comprensión de que su conducta era normal;"*³³

Del mismo modo y pese a que si bien, no fue testificado de manera exacta que Bernardo Arenas haya hecho vestir una chaqueta y portar el casco a Y.E.M., para evadir su minoría de edad; al someterlo al tamiz de la experiencia, podemos dilucidar que Bernardo de manera desprevenida no alertó a la menor por acatamiento de una norma de tránsito "dentro"

³¹ Minuto 32:30

³² Minuto 34:10

³³ Página 38 de la Sentencia Recurrida

de un motel, lo cual no está descrito³⁴ en ningún código a saber, como inconsistentemente propone la apelante.

"FISCAL: ¿cuándo fueron a ese motel alguien te preguntó la edad?

*TESTIGO: no, yo tenía una chaqueta puesta de él y un casco y no me lo quite hasta no estar **adentro en la habitación**. Y para salir hasta que no tuviera el casco y la chaqueta. Pero no me preguntaron la edad.*

FISCAL: ¿por qué decidiste no quitarte el casco?

*TESTIGO: **porque él me dijo que no me lo podía quitar hasta no estar adentro.***³⁵

Aunado a lo anterior, es de estricto cumplimiento que quien busca plantear duda sobre la edad de la víctima en este tipo de delitos, tiene el deber ineludible de presentar pruebas que acrediten en el grado de certeza requerido que el sujeto activo desconocía la minoría de edad de la víctima, al menos en orden de sembrar dudas al respecto, es por ello que el error sobre uno de los elementos del tipo debe ser demostrado por quien pretende valerse de esa causal de ausencia de responsabilidad.

En ese sentido resulta elemental que, para edificar la causal de no responsabilidad basada en el error de tipo, el acusado debió demostrar lo contrario a lo atestiguado por la menor y por sus padres quienes aseguraron que frecuentaban la revueltería desde que ella era una niña demasiado pequeña y en esa medida la lógica nos enseña que, la impúber no podía haber traspaso los 14 cuando él decidió manipularla con sus propuestas obscenas; puesto que precisamente, al ver que iba

³⁴ Que al interior de un Motel deba cumplirse la norma de portar el casco hasta ingresar a la habitación.

³⁵ Minuto 3:25:52

desde tan poca edad, necesariamente debió preguntarle cuantos años tenía antes de propugnar los hechos.

Porque obviando la parte legal, cuando se tiene la buena intención de iniciar una relación sana, es de obligatorio cumplimiento cuestionarse por la edad de la niña a quien se pretende, lo cual no hizo, de manera que no puede venir a estas alturas a poner en duda esa situación con la sola mención de que no sabía.

Teniendo como, prueba directa sobre el particular, la declaración que en el desarrollo del juicio rindió la madre de la menor, y en la que esclareció lo siguiente:

"FISCAL: ¿cuándo empezó a ir su hija a la revueltería del señor Bernardo Antonio?

TESTIGO: pues la verdad desde que ella era una niña iba conmigo o con el papá, a veces que comprábamos verduras allá

FISCAL: ¿y cuando empezó a ir sola a la revueltería?

TESTIGO: No. o sea que yo le diga a usted. pues no

FISCAL: ¿usted en algún momento la mandó a hacer mandados a la revueltería sola?

TESTIGO: mi mamá la mandaba a comprar el revuelto para el almuerzo muchas veces.

FISCAL: ¿cuándo la mandaba, que edad tenía la niña?

TESTIGO: 11, 12 años

FISCAL: ¿cómo se conoce al señor Bernardo dónde está la revueltería? ¿cómo le dicen?

TESTIGO: Toño

FISCAL: ¿Doña Patricia, usted sabe si el señor Bernardo Antonio sabía la edad que tenía su hija en los años 2014 y 2015?

TESTIGO: con exactitud no sé si lo supiera, pero el señor si sabía, pues desde que ella era una niña iba con nosotros allá o iba con los abuelos a comprar cosas. El señor si sabía que ella era una niña menor de edad.”³⁶

Contrario a lo expuesto por la quejosa, la juez sí fundamento por qué no les dio credibilidad a los testigos de descargo al afirmar que:

"Si bien los testigos de descargo, Rafael de Jesús Aguirre Montoya y Luz Elena Callejas Carvajal, refirieron que YEM aparentaba ser mayor de edad, lo cierto del caso es que estos recurrieron a la suposición, en tanto, quedó acreditado que, no tenían contacto directo y habitual con la adolescente, no le preguntaron por la edad, la vieron en menos de cinco (05) oportunidades, no ilustraron detalles específicos y consistentes respecto de la estructura física, llevando incluso a la duda de si en efecto la conocieron, realizaron manifestaciones tangenciales, que se tornan insuficientes de cara a las pruebas de cargo. Entonces, la defensa no logró estructurar objetivamente, desde el contexto probatorio que, existió una discordancia entre la edad biológica y la que supuestamente aparentaba YEM, a quien se insiste, conocía desde muy pequeña.”³⁷

Es más, la menor víctima se atrevió a decir que él hasta conoció a su madre cuando estaba embarazada de ella,

"FISCAL: ¿desde cuándo te conoció él?

³⁶ Minuto 51:45

³⁷ Página 45 de la Sentencia Recurrida

TESTIGO: desde que yo estoy muy pequeña, de hecho, yo creo que él conoció a mi mamá en embarazo.”³⁸

De lo que se puede discurrir que al ver a madre e hija constantemente en su establecimiento, tenía cogniciones suficientes para saber que la niña no superaba los 14 años. Deducción por la que defensa debía haberse dado a la tarea de introducir en juicio un informe emitido de un profesional en la materia, en el que se dictaminará el desarrollo del crecimiento genital, mental, en talla y peso respecto a la contextura que presentaba Y.E.M., para la época.

De manera que al no haberlo hecho no puede decir simplemente que el procesado ignoró la edad de la menor por supuestamente presentar características físicas propias de una mujer de más edad, ni por dichos de testigos que no cuentan con ningún conocimiento científico, como lo sugiere la defensa.³⁹

De lo anterior se colige, sin la menor duda, que efectivamente Bernardo Antonio Arenas Carvajal tenía pleno conocimiento que Y.E.M., era menor de 14 años, sin que exista prueba en contrario que permita dudar sobre la existencia de un posible error de tipo, en tanto era menester que la abogada probara los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes del delito, lo cual no hizo.

Fundamentos por los que la Sala reconoce que la prueba recogida en desarrollo del juicio oral fue adecuadamente obtenida e igualmente bien

³⁸ Minuto 3:16:38

³⁹ (...) “estas advertencias cuya existencia quedó probada, descartan la posibilidad que actuara bajo el supuesto de un error de tipo. Conjuntamente, es importante, apreciar que, en la historia clínica de urgencias del 07 de octubre de 2015, donde fue evaluada inicialmente YEM, se consagró que la edad de la menor era de trece (13) años.”

valorada por la funcionaria de conocimiento, sin que exista información alguna que permita suponer que la menor mintió en su declaración acerca de la existencia del abuso y principalmente de la apreciación objetiva que expone la censora, puesto que, como es sabido, la inmadurez que ostentan estos menores niegan la validez de su consentimiento; encontrando que el dolo en el que incurrió el procesado acredita la tipicidad subjetiva de las conductas punibles.

3. Para finalizar, la defensa repele que la instancia haya negado que Bernardo Antonio fuera hijo cabeza de familia sin que señalará la razón por la que otras personas pudieran hacerse cargo de su señora madre, a pesar de que según dice, se probó que su madre no tenía alguien más que sin sacrificar sus propias obligaciones pudiera ocuparse de ella.

Reproche que no tiene vocación de éxito puesto que pese a que la juez se desarrolló en argumentar su negativa⁴⁰ y sin perjuicio de que lo hubiera fundamentado, a la Sala no le queda más que ratificar que por expresa prohibición legal del Código de Infancia y Adolescencia por ser la víctima menor de edad, el procesado no se hace acreedor a beneficio alguno entre los que se encuentra la sustitución del internamiento intramural por prisión domiciliaria, ello como ya se dijo por prohibición expresa del legislador establecida en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006.

⁴⁰ *"toda vez que, como se escuchó en el juicio, la progenitora tiene familia extensa, esto es, su hija **Luz Elena Callejas Carvajal**, quien bajo la gravedad de juramento afirmó en el foro reservado que, también cuidada de ella, **percibiéndose que no existe un desligamiento rotundo de los demás parientes**, de quienes en este contexto también les compete el cumplimiento del principio de solidaridad que se predica entre los integrantes de la familia.*

*En suma, incluso de las pruebas de la defensa, no se demostró que Carmen Elisa Carvajal dependiera exclusivamente del cuidado y manutención del Condenado, así como tampoco se acreditó que con la prisión de **Bernardo Antonio** se estuviera en riesgo su integridad física o moral, además y como aspecto principal, **no se encuentra en la situación de abandono, desamparo e indefensión irremediables que reclama la norma, pues como está demostrado en el proceso, su progenitora recibe apoyo de otros hijos y son quienes en este caso tienen el deber moral y legal.** Lo anterior sitúa a **Arenas Carvajal** por fuera de la categoría de cabeza de familia, que merezca la protección estatal a través de la sustitución de la prisión para conjurar el estado irremediable de abandono en el que se encuentre sumida su ascendiente." Página 63 de la Sentencia Recurrida*

Así las cosas, la Sala después de haber revisado la censura de la defensa que en algunos apartes fue irrespetuosa e impertinente especialmente en lo referente a la intimidad de la niña; encuentra que no pudo derruir la conclusión a la que arribó la funcionaria de conocimiento, en el sentido que el procesado tenía pleno conocimiento que cometió los delitos de actos y acceso carnal abusivo con menor de 14 años a Y.E.M., al saber que ella para el momento de los hechos ostentaba menos de 14 años, aunado al de la demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años, por lo que se impartirá confirmación a la sentencia recurrida, sin otras consideraciones.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

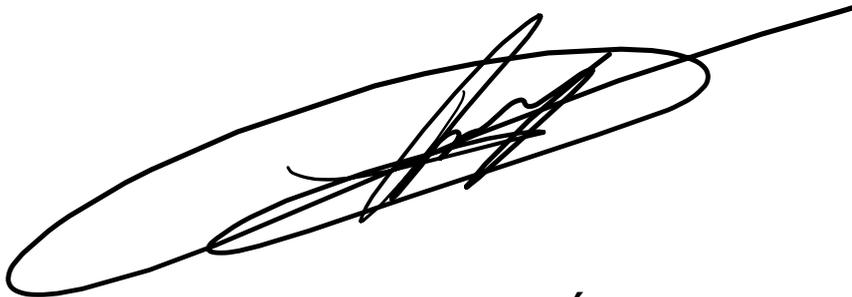
CONFIRMAR la sentencia emitida el 2 de noviembre de 2022 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí Antioquia en contra de BERNARDO ANTONIO ARENAS CARVAJAL.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

A su ejecutoria, regresar la carpeta y sus anexos al juzgado de origen, para lo de su cargo.

El Magistrado ponente citará a la audiencia en la que dará lectura y notificará en estrados el contenido de este fallo.

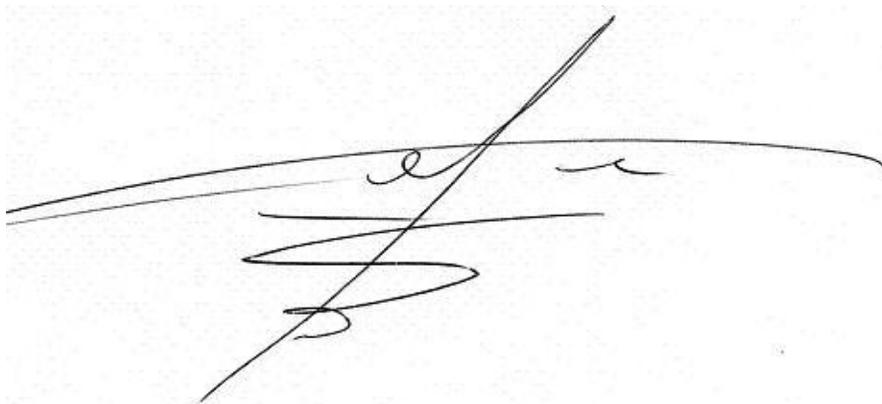
CÚMPLASE.



JUAN CARLOS ACEVEDO VELÁSQUEZ g
Magistrado



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado (aclaró voto)



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

Medellín, 27 de noviembre de 2023

Si bien comparto la ponencia, mi crítica se orienta a la incoherencia legislativa que se evidencia en este caso. No discuto que las conductas punibles, objetivamente estas se dan. Pero lo que no comparto es que las diversas reformas legislativas no estudien integralmente el problema de los delitos sexuales, las normas que salen imponen unas consecuencias que repugnan con cierto sentido de justicia y generan situaciones desproporcionadas evidentes.

Me queda difícil de aceptar que un delito de mera conducta como el establecido en el artículo 217A del C.P., que refiere a la demanda de explotación sexual y se configura con una simple "solicitud", no importa que se consuma o no la finalidad que se busca, la pena por ello como mínima es de 14 años de prisión. A su vez el acceso carnal que es la que consuma la acción tiene una pena menor. En casos como el presente ambas conductas tienen cierta autonomía, lo que impide hacer un juicio de concurso formal como lo pretenden los recurrentes, pero al menos, sí es pertinente dejar la constancia y generar conciencia sobre la necesidad de hacer una reforma integral y coherente de estos delitos.

Además, considero desproporcionada la pena, no discuto las presiones nacionales e internacionales, tampoco el cometido de grupos feministas, pero creo que existe una exageración, con solo populismo punitivo no se solucionan los problemas de base del irrespeto a los niños y niñas, la función cultural y preventiva se desconoce y con ello se recarga el sistema penal.

Atentamente,



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado