

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, primero (1º) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 050016000206200808476
Procesado: Wbeimar León Escudero Jiménez
Delito: Acto sexual con incapaz de resistir agravado
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No.28 Aprobada por acta No. 171 de la fecha
Decisión: Confirma
Lectura: Jueves, 9 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 11 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Ant., que condenó al señor **Wbeimar León Escudero Jiménez** en calidad de autor del delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, agravado (Art. 210 y 211 numeral 2 del C.P.), imponiéndole una pena principal de 64 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Al

acusado se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

El 13 de abril de 2008, en la finca “la Serrana” del municipio de Barbosa – Antioquia, el señor **Wbeimar León Escudero Jiménez** llevó a la menor K.V.S.G. quien para la fecha contaba con 15 años de edad, hasta una habitación y le ofreció unos tragos de licor, con el pretexto de que se durmiera más rápido. Al estar la menor somnolienta y mareada por el alcohol ingerido, el señor **Escudero Jiménez** aprovechó esta condición personal de la adolescente para desnudarla, tocarle sus senos y besarla en la boca y la vagina.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 16 de febrero de 2016, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barbosa se le formuló imputación al señor **Wbeimar León Escudero Jiménez** por el punible de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir agravado (artículos 210 y 211 #2 del C.P.), cargos que no fueron aceptados por el procesado.

La Fiscalía presentó escrito de acusación el 13 de mayo de 2016, correspondiéndole por reparto al Juzgado Penal del Circuito de Girardota, el cual dirigió la verbalización de la acusación el 23 de febrero de 2017, audiencia en la cual la fiscalía afirmó que la pretensión punitiva era únicamente por el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado. La audiencia preparatoria se realizó el día 25 de mayo de 2017.

El juicio oral comenzó el día 8 de agosto de 2017 y se adelantó en seis sesiones adicionales los días 13 de marzo, 8 de abril, 26 de junio, 5 de agosto y 2 de diciembre de 2019 y 10 de diciembre de 2018, 6 de febrero y 22 de abril de 2019. Culminado el debate probatorio, se alegó de conclusión el 18 de febrero de 2020.

El 11 de septiembre de 2020, se llevó a cabo la audiencia de que trata el 447 procesal y se leyó la sentencia, en donde se decidió condenar al señor **Wbeimar León Escudero Jiménez** a una pena de 64 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, negándosele la concesión de beneficios y subrogados penales por expresa prohibición de la Ley 1098 de 2006, en tanto el delito se perpetró en contra de una menor de edad.

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 **Wbeimar León Escudero Jiménez** en el delito de actos sexuales con incapaz de resistir agravado, del que fue víctima K.V.S.G., menor de edad para el momento de los hechos, esto es, el 13 de abril de 2008.

Consideró que el testimonio de la víctima es plenamente creíble, por la manera en que hizo los señalamientos en contra del encartado, fue espontáneo, no estuvo cargado de contradicciones, no se acreditó ningún tipo de enemistad y

lo que pudo recordar refleja lo significativo que fue este evento para ella. Así mismo, señaló que los dichos de esta deponente fueron corroborados por los otros testigos que acudieron a la vista pública, lo que permitía alcanzar ese estándar de conocimiento requerido para proferir reproche penal en contra del acusado.

Respecto de la prueba de la defensa, la *a quo* manifestó que los testigos acreditaron que conocían al procesado y a la víctima, ubicándolos a ambos en el sitio y fecha de los hechos. Indicó que, en el presente asunto, la acusación presentada por la Fiscalía se circunscribió a la realización por parte del encartado de actos distintos del acceso carnal, los cuales se realizaron bajo el aprovechamiento de la incapacidad de reacción de la afectada.

Consideró que si bien la víctima no estaba totalmente inconsciente, si estuvo “noqueada” por ciertos momentos, gracias a la ingesta de licor que le fue suministrada por el encartado y que tal dosis suministrada fue suficiente para afectar su psiquis, dada las características particulares de la agraviada, y que si bien no hubo prueba de cargo que indicara la cantidad de alcohol, los otros factores concurrentes como la falta de sueño, de descanso y de alimento, pudieron afectar el estado de alerta de la adolescente y su capacidad de reacción, lo que permite concluir que ese día la joven se encontraba en una posición que le imposibilitaba resistirse al ataque sexual, acreditándose también el agravante imputado por cuanto existía confianza en el acusado.

Por todo lo anterior, la judicatura de primer nivel condenó a **Escudero Jiménez** como autor responsable del delito de actos sexuales con incapaz de resistir, imponiéndole una pena de prisión de 64 meses.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia solicitando, como primera medida, una declaratoria de nulidad bajo los siguientes argumentos:

1. Señaló que se vulneró el principio de congruencia, por considerar que en el escrito de acusación se planteó que su defendido realizó un acceso carnal en contra de la víctima y que en la verbalización oral del acto vocatorio se mutó a actos sexuales diversos de ese acceso, lo que derivaba una confusión que no le permitió defenderse de forma adecuada.
2. Indicó que la Fiscalía nunca develó la real edad de la víctima, por cuanto se refirió a ella en el escrito de acusación como joven, menor y adolescente, sin que aportara una prueba fehaciente de la minoría de edad de esta, circunstancia que también tuvo una repercusión negativa en la posibilidad de ejercer una debida defensa.
3. Refirió que la confusión en la determinación del tipo penal presentado en el escrito de acusación, se proyectó hasta la sentencia, toda vez que a su prohijado se le condenó por unos actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, imponiéndole la pena de 64 meses, que correspondía para la modalidad de acceso carnal. Además, a pesar de que la víctima tenía más de 15 años, se le aplicó la prohibición contenida en el artículo 199 del C.I.A.
4. Señaló que en la sesión del juicio oral celebrada el 13 de marzo de 2020, la judicatura de primer nivel resquebrajó la igualdad de armas, por cuanto la *a quo* ordenó la conducción de 3 testigos, a los cuales la

Fiscalía había renunciado, lo que indefectiblemente no podía hacer, porque ello contraía una invasión en la órbita funcional exclusiva del Ente Acusador, situación que solo podría ser enmendada con la declaratoria de nulidad, dado la ostensible afección al debido proceso de su prohijado.

Además de las pretensiones anulatorias, el abogado de la defensa, solicitó la absolución de su prohijado, por lo siguiente:

1. Consideró que no se pudo demostrar la existencia del hecho por causa de la confusión generada a instancia de la Fiscalía con relación al injusto básico de la acusación, careciéndose de un medio de prueba científico que demostrara el supuesto estado de indefensión de la víctima o la aparente puesta en incapacidad de resistir.
2. Indicó que el testimonio de K.V.S.G. no es digno de credibilidad, por cuanto se encontraba acompañada de otros jóvenes, lo cual imposibilitaba la ocurrencia del presunto abuso, máxime cuando otros declarantes en el juicio señalaron verla siempre con ropa. De igual manera catalogó de inconcebible el hecho de que una persona de 15 años tenga una laguna mental producida por la ingesta de 3 tragos de licor, lo que se acentúa aún más ante la inexistencia de prueba científica que demostrara esa incapacidad física de ejercer oposición.
3. Señaló que no se pudo demostrar en el juicio oral, con prueba idónea, el estado de inconsciencia de la afectada causado por una sustancia externa, situación que se acentúa ante la ausencia de concepto pericial; tampoco se estableció el padecimiento de un

trastorno mental permanente o transitorio; ni mucho menos la incapacidad de resistir en la víctima.

Se quejó el recurrente del valor probatorio entregado a los testigos de cargo, pues los mismos nunca pudieron establecer el real acaecimiento de la conducta endilgada a su defendido.

En consecuencia, solicitó se revocara la condena impuesta a su defendido.

Como petición subsidiaria y en caso de confirmarse la sentencia de condena apelada, el recurrente solicitó el otorgamiento de la prisión domiciliaria, bajo las siguientes razones:

1. Consideró que el argumento denegatorio para la domiciliaria usado por el juez de primer nivel y que tiene que ver con la prohibición expresa contenida en la Ley 1098 de 2006, resultaba insuficiente, por cuanto la víctima tenía 15 años para el momento de los hechos y la situación de su prohijado cumplía a cabalidad los requisitos señalados en el artículo 38 del C.P., siendo necesario que los funcionarios judiciales desatiendan los criterios punitivistas desarrollados por el legislador y que propenden por la prohibición de beneficios a personas sin antecedentes, como es el caso de su defendido.
2. Refirió que, para el presente asunto, no se debe tener en cuenta el contenido del artículo 38 del C.P., debiéndose dar prevalencia y en aplicación del principio de favorabilidad, a lo dispuesto en los artículos 441 y 314 de la Ley 906 de 2004, por cuanto el contenido de

esos cánones no exigía requisitos objetivos para la concesión de la domiciliaria y era suficiente para prodigar el cumplimiento de los fines de la pena, enseñados en el artículo 4 del C.P.

3. Señaló que en este caso no existe el limitante para la concesión de la domiciliaria, atinente a la pertenencia de víctima y victimario al mismo núcleo familiar, siendo el bien jurídico tutelado por el tipo penal endilgado a su prohijado de connotación abstracta y sin víctima material.
4. Reseñó que el someter a su prohijado a un tratamiento penitenciario contraviene los principios de necesidad, razonabilidad, adecuación y proporcionalidad, pues el encartado carece de antecedentes penales y desempeña una actividad lícita y loable en pro de la juventud.

Por todo ello, solicitó se concediera a su asistido el sustituto de la prisión domiciliaria.

6. LOS NO RECURRENTE:

El delegado del ente persecutor, señaló que se opone a la solicitud de nulidad incoada por la defensa, por cuanto desde un inicio hubo la suficiente claridad sobre los hechos jurídicamente relevantes que lo señalaban como presunto autor del punible de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir agravado; cosa distinta era que se enunciara de forma genérica el tipo penal, situación que fue corregida en su momento, haciéndose la aclaración que solo se llamaría a juicio por los tocamientos lúbricos realizados en contra de la víctima.

A renglón seguido, expuso que no le asistía razón al censor en su solicitud absoluta, por cuanto se pudo establecer con la prueba practicada en juicio que el encartado, en su calidad de representante de una agencia de modelaje agredió sexualmente a K.V.S.G., ofreciéndole licor para luego tocar su cuerpo y sus genitales, sin que se presentaran medios de prueba que contravirtieran lo sucedido.

En consecuencia, solicitó se confirmara el fallo recurrido.

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 Penal del Circuito de Girardota (Ant.), debido a lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2 De los problemas jurídicos a resolver

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. En consecuencia, encuentra la Sala cuatro problemas jurídicos que deben ser abordados, los cuales son del siguiente tenor:

- i)* ¿La delimitación de los hechos jurídicamente relevantes realizada por la Fiscalía en la acusación, fue tan confusa que afectó el principio de congruencia y comportó una afrenta al debido proceso y derecho

de defensa del señor **Wbeimar León Escudero Jiménez** y por ello se debe invalidar la actuación procesal?

- ii)* ¿Se presentó una irregularidad en la audiencia de juicio oral, al ordenarse por parte del despacho de conocimiento, sin legitimidad para ello, la conducción de los testigos K.V.S.G y Nidia Giraldo?
- iii)* ¿La Fiscalía cumplió con su carga procesal de probar, más allá de duda razonable, que el señor **Wbeimar León Escudero Jiménez**, realizó tocamientos libidinosos en las partes íntimas de la menor K.V.S.G. aprovechándose de su estado de inconciencia?
- iv)* ¿Se debe inaplicar en este asunto la prohibición de beneficios contenida en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006 en favor del sentenciado, y en su lugar concederle la prisión domiciliaria?

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

7.2.1 ¿La delimitación de los hechos jurídicamente relevantes realizada por la Fiscalía en la acusación, fue tan confusa que afectó el principio de congruencia y comportó una afrenta al debido proceso y derecho de defensa del señor Wbeimar León Escudero Jiménez?

De conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, corresponde a la Fiscalía General de la Nación “(...) *adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento (...)*”.

Como desarrollo de ese texto superior, el Legislador incluyó en la Ley 906 de 2004, en sus artículos 288 y 337, los hechos jurídicamente relevantes como requisitos de contenido esencial tanto de la formulación de imputación como de la acusación.

En palabras simples, los hechos jurídicamente relevantes son simplemente los datos fácticos del caso en concreto que sirven de referente para hacer la correspondiente adecuación típica o, en otras palabras, **son los hechos que pueden encuadrarse en la descripción normativa de un delito.**

Al respecto, con absoluta precisión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido:

“En el ámbito penal, la relevancia jurídica de un hecho depende de su correspondencia con los presupuestos fácticos de la consecuencia prevista en la norma (CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, entre otras). Al respecto, la Sala ha reiterado lo siguiente: (i) para este ejercicio es indispensable la correcta interpretación de la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal debe verificar que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) debe establecerse la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido de que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio–, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (ídem). Al respecto, en la referida sentencia la Sala dejó sentado lo siguiente:

El concepto de hecho jurídicamente relevante

Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer **“una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”**.

La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan **las características de un delito**; y el artículo 287 de la Ley 906 de

2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado **es autor o partícipe del delito que se investiga**”¹.

En el mismo sentido, el artículo 337 precisa que la acusación es procedente “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que **la conducta delictiva** existió y que el imputado es su **autor o partícipe**”².

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

Así, por ejemplo, si se avizora una hipótesis de coautoría, en los términos del artículo 29, inciso segundo, del Código Penal, se debe consultar el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de esta figura, en orden a poder diferenciarla de la complicidad, del favorecimiento, etcétera.

Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales. En el próximo apartado se ahondará sobre este concepto, en orden a diferenciarlo de otras categorías relevantes para la estructuración de la hipótesis de la acusación y de la premisa fáctica del fallo.”³

De esta manera, como se puede observar, la explicitación adecuada de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la Fiscalía, se convierte en un derecho para el procesado, porque solo de esta manera puede saber a ciencia cierta cuales son los cargos penales en concreto de los cuales se va a tener que defender en el juicio lo que incide directamente no solo en el derecho de defensa sino en el debió proceso.

¹ Negrillas fuera del texto original.

² Negrillas fuera del texto original

³ Sentencia 5660-2018, radicación 52311 del 11 de diciembre de 2018.

Por esta razón, es que los jueces, de control de garantías y de conocimiento, en caso de que no se cumpla por parte del Ente Acusador con las exigencias indicadas en los cánones 288 y 337, se les autoriza controlar la legalidad de los actos de parte contenidos en esos artículos, en punto a la claridad de los hechos jurídicamente relevantes, con miras a evitar una burda violación de garantías fundamentales que afecte la validez del juicio. Por ello, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido precisa al indicar:

A este efecto, la Sala debe resaltar el carácter estructural de los hechos jurídicamente relevantes, pues, no solo representan una garantía de defensa para el imputado o acusado, en el entendido que este debe conocer por qué se le está investigando o es llamado a juicio, sino que en razón a su carácter inmutable, se erigen en bastión insustituible de las audiencias de formulación de imputación y acusación, de cara al soporte fáctico del fallo.

En otras palabras, cuando el numeral segundo del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, advierte que dentro de la imputación se ofrece obligatorio para el Fiscal efectuar una “Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible”; y, a su turno, el artículo 337 ibidem, reitera que la acusación debe consignar este mismo tópico; no solamente está referenciando una garantía para el procesado, sino que verifica inconcuso un elemento consustancial a dichas diligencias, a la manera de entender que sin el requisito en cuestión el acto procesal se despoja de su esencia y deviene, en consecuencia, nulo.

Ello se entiende mejor al examinar la naturaleza y finalidades de ambos institutos procesales, en tanto, si se considera que la imputación emerge como el acto comunicacional a través del cual el Fiscal informa al imputado los hechos por los cuales lo investiga; y, a su turno, la acusación representa el momento en el que ese funcionario formula cargos al procesado, de manera que solo en torno de estos puede girar el juicio, elemental surge que consustancial a ambos trámites se erige la definición de cuáles son, de manera clara y completa, los hechos o cargos que los gobiernan.

Entonces, si la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente ese elemento toral, apenas puede concluirse que no cumplió con su cometido y, así, el debido proceso en toda su extensión ha sido afectado, reclamando de condigna invalidez, única forma de restañar el daño causado en el asunto que se examina.

A este respecto, la Corte no puede dejar de llamar la atención acerca de la necesidad de intervención del juez en este tipo de temas, pues, si se ha advertido que la esencia de las audiencias de formulación de imputación y acusación, reclama de adecuada y suficiente definición de los hechos

jurídicamente relevantes, al punto que de no hacerse ello genera afectación profunda de la estructura del proceso y consecuente nulidad, la labor del funcionario judicial no puede erigirse pasiva, al amparo de una mal entendida imparcialidad.

En efecto, si se entiende que el juez se alza como fiel de la balanza que garantiza derechos y posibilita la adecuada tramitación del proceso, no puede él permanecer impávido cuando advierte que la diligencia no cumple su cometido central, independientemente del tipo de acción u omisión que conduce a ello.

Así las cosas, siendo requisito sustancial de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, es deber del juez de control de garantías y el de conocimiento, velar porque ese presupuesto se cumpla.⁴

Así las cosas, si dentro de esa formulación de imputación o acusación a cargo de la Fiscalía General de la Nación se presentan vaguedades o ambigüedades con ocasión a los hechos jurídicamente relevantes por los cuales un ciudadano será llevado a juicio, ello puede acarrear una nulidad de lo actuado cuando el error sea de tal magnitud que afecte el derecho de defensa y, en últimas, el debido proceso del procesado.

En ese sentido, es la Fiscalía quien debe ejercer una correcta delimitación de su hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, para lo cual debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

“(i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) **establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma**; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; (iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros. Para tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera.”⁵

Por ello, los hechos jurídicamente relevantes deben ser concretados de la mejor manera posible por parte del Ente Acusador, debiéndose, entre otras,

⁴ Sentencia 4792-2018, radicación 52507 del 7 de noviembre de 2018.

⁵ Radicado 44599, del 8 de marzo de 2017 (negrillas de la Sala).

especificar de manera lo más exactas posible las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución de la conducta investigada, pues ello garantiza al procesado la posibilidad defenderse de unos cargos en concreto, conociendo cuándo, cómo y dónde sucedieron los hechos por los cuales va a ser llevado a juicio.

En ese sentido, se puede decir que lo ideal es que haya una explicitación exacta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos jurídicamente relevantes; pero si ello no es así, es deber del juez, en primer lugar, verificar si ello tiene una justificación plausible y, en segundo lugar, determinar si esa imprecisión no deja en situación de indefensión procesal al encartado. Si la respuesta al primer interrogante es positiva y al segundo es negativa, el juez, de garantías o de conocimiento, deberán avalar la imputación o la acusación. En caso contrario tendrá que haber una reformulación de los cargos por parte de la Fiscalía, so pena de que no se avale judicialmente tal acto de parte.

Es preciso advertir que, frente a esta situación, es imposible establecer reglas abstractas o genéricas, pues será en cada caso concreto con sus particulares vicisitudes que el juez tomará la decisión que corresponda.

Del caso concreto

En el presente asunto, la Fiscalía acusó al señor **Wbeimar León Escudero Jiménez** por el delito de actos sexuales con incapaz de resistir, agravado, por hechos ocurridos el 13 de abril de 2008, donde resultó víctima K.V.G.S., quien para esa fecha contaba con 15 años de edad.

Se tiene que la delimitación fáctica esbozada por la fiscalía en su escrito de acusación fue del siguiente tenor literal:

El día 13 de abril del año 2008, en la finca la serrana en el municipio de Barbosa, la joven Kinberling Vanesa Salazar Giraldo, fue atacada en su libertad y el pudor sexual por parte del señor Wbeimar León Escudero Jiménez, quien le dijo que se acostara en un cuarto pequeño para luego ofrecerle unos tragos con el fin de que se “durmiera más rápido”, al tiempo que este le comenzó a quitar la ropa y a besarle la cara y la vagina, hasta que en algún momento la joven sintió un dolor como si le hubieran metido algo en la vagina, cosa que no recuerda muy bien porque estaba muy mareada y somnolienta por el licor que había consumido. Según expresó la adolescente, al día siguiente no podía ver bien a sus compañeras, pues las veía borrosas y que sentía mucho sueño y ganas de vomitar y que no recordaba mucho de lo que había pasado. Con esta conducta infringió la ley penal con el delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir descrito en el artículo 210 del código penal.

Sin embargo, ya en la verbalización de la acusación, la Fiscalía a que el aclaró que el contexto en que se presentaron estos hechos obedecían a un evento de la academia de modelaje a la que pertenecía la agraviada, programado por **Wbeimar León Escudero Jiménez** y al momento de calificar jurídicamente la conducta, el delegado del Ente Acusador explicó que el llamamiento a juicio no es por acceso sino por actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, agravado por el inciso 2 del artículo 211 del C.P. en razón a la confianza que se había depositado en el encartado.

De igual manera se hizo énfasis en que para la fecha de los hechos solo se encontraba vigente el aumento estipulado por la Ley 890 de 2004 y no el que introdujo el canon 6 de la Ley 1236 de 2008. Así mismo, se dijo que no había lugar a beneficios ni subrogados penales por expresa prohibición del art. 199 de la Ley 1098 de 2006, por cuanto la víctima era menor de edad para la fecha de los hechos.

Frente a esto se queja el recurrente de que la descripción fáctica y jurídica de la acusación fue tan confusa que le impidió defenderse adecuadamente y que

ello comportaba una afrenta al debido proceso de su prohijado que debe ser saneado por vía de la nulidad.

Conviene, entonces, que la Sala analice el contenido completo de la acusación -tanto el escrito como la formulación oral- con miras a determinar si existió esa vulneración de garantías fundamentales que pregona el censor en su recurso.

En primer lugar, se encuentra que los hechos jurídicamente relevantes por los que se enjuició a **Wbeimar León Escudero Jiménez** fueron explicitados de manera clara y precisa por parte del delegado del ente acusador, tanto en el texto escrito como en la formulación oral de la acusación, por cuanto se indicó con suficiencia y en detalle cuáles fueron los actos desplegados por el encartado que transgredieron el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de la víctima; la delimitación fáctica fue rica en detalles en torno a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, por lo que es evidente que al acusado se le comunicó de manera adecuada cuáles eran los hechos jurídicamente relevantes por los que iba a ser juzgado con lo cual se permitía el planteamiento de una adecuada tesis defensiva.

En segundo término, si bien al momento de darse la calificación jurídica en el escrito de acusación se manifestó de manera genérica que era por acceso carnal y actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, conductas previstas ambas en el artículo 210 penal, lo cierto es que luego el delegado del Ente Acusador fue totalmente claro en manifestar que solo llamaría a juicio al acusado por los tocamientos libidinosos realizados por el encartado a la menor y que la agravación punitiva obedecía a la confianza depositada por la víctima y su familia en el procesado, por ser él quien organizó el evento donde se dio el suceso aquí investigado.

De lo anterior, se colige que ese *lapsus* inicial del ente acusador solo obedeció a la enunciación completa del tipo penal como se consagra en la norma, pero nunca a la imputación jurídica de un acceso carnal, por cuanto como se dijo en líneas anteriores, la Fiscalía fue lo suficientemente explícita al señalar que solo se entraba a juzgar al acusado por los actos libidinosos que realizó en el cuerpo de K.V.S.G.

Si bien se comparte que el escrito de acusación fue demasiado cargado de detalles y el mismo incluyó hechos indicadores y medios de prueba, lo que se puede pensar que contraría la postura actual de la Corte Suprema de Justicia en la materia⁶, lo cierto es que esa configuración nunca dejó en una situación de indefensión al procesado, por cuanto fueron lo suficientemente claros los sucesos que se enmarcaban en el tipo penal del 210, esto es, la realización de actos sexuales en una persona que no tenía la capacidad de resistirse a los vejámenes lúbricos desplegados por el procesado.

Así, encuentra la Sala que la configuración de los hechos jurídicamente relevantes, aunque inobservó las pautas técnicas explicitadas por el órgano de cierre de esta jurisdicción, permitía desarrollar una adecuada tesis defensiva.

Tampoco, y contrario a lo planteado por el recurrente, esta calificación jurídica tuvo incidencia alguna en la determinación de la pena a imponer, pues la Fiscalía fue demasiado clara en poner de presente que la conducta se encontraba agravada por la confianza depositada en el autor, de conformidad con el numeral 2 del artículo 211 penal, lo que indefectiblemente contraía un aumento de la punibilidad de las $\frac{3}{4}$ partes a la mitad de la pena, lo que dejaría el rango de punición de 64 a 135 meses de prisión, contando el tipo base solo

⁶ Cfr. 52311 del 11 de diciembre de 2018.

con el aumento de la Ley 890 de 2004 que imperaba para la fecha de comisión de la conducta.

También, se queja el censor que hubo cierta vaguedad en la determinación de la edad de la víctima, por cuanto la Fiscalía se refirió a ella como “la menor”, “la joven” y “la adolescente” en varios apartes de la acusación escrita y oral; pero ello tampoco comporta un yerro trascendente que afecte el debido proceso o el derecho de defensa, por cuanto desde un principio se conocía que la agraviada no había alcanzado su mayoría de edad para la fecha de los hechos, sin que ello constituya ninguna suerte de sorprendimiento en desfavor del acusado.

Esta indeterminación temporal de la edad de la agraviada, es un criterio valorativo a tener en cuenta en el juzgamiento, que nada riñe con los elementos estructurales del tipo penal endilgado, por cuanto para la configuración de su tipicidad, a diferencia de otros delitos, no se exige que la agredida ostente una edad específica inferior de ciertos años, siendo claro que lo que se endilga es el aprovechamiento de una situación de indefensión de la víctima con fines a satisfacer apetencias de índole sexual.

Por ello, si el hecho jurídicamente relevante fue la realización de tocamientos libidinosos valiéndose de una incapacidad de resistir, la edad de la víctima pasa a un plano secundario cuando ello no es determinante para la configuración del tipo penal, siendo ese aspecto tema de valoración en el juicio, bien sea para determinar la mayor o menor afectación del bien jurídico, para constituir una circunstancia de agravación específica o para debatir sobre el otorgamiento de beneficios o subrogados de conformidad con las previsiones legales en la materia.

Por último, es cierto, que tal como están planteados los hechos jurídicamente relevantes, los mismos podrían encajar, al parecer, de mejor manera en la figura penal prevista en el artículo 207 del C.P., como quiera que se dice en la acusación que el procesado le dio a beber a la víctima tres tragos de licor, lo cual “supuestamente” la dejó en incapacidad de resistir o en estado de seminconsciencia para consentir o repeler los actos lúbricos del acusado; sin embargo, como es lo cierto que lo relevante que destacó la Fiscalía para este caso es el hecho de que el señor **Escudero Jiménez**, independientemente de que le haya suministrado licor suficiente a la víctima para embriagarla, se aprovechó de su estado de incapacidad psíquica temporal, se puede concluir que el tipo penal por el que se acusó sí recoge los hechos por los cuales se juzga al acusado y, por tanto, ningún problema de incongruencia o afectación de sus garantías fundamentales se evidencia en este caso, máxime cuando el tipo penal por el que se acusó es menos rico en elementos normativos que los hechos demostrados en juicio, como se verá más adelante, y que, además, en términos punitivos las dos figuras penales tienen la misma sanción.

Además, en el registro de audio de la acusación, el delegado fiscal procedió a efectuar la corrección pertinente sobre la duda si se trataba de un acceso o unos actos sexuales, siendo claro en indicar que se debatiría sobre lo segundo, a lo que el defensor del procesado manifestó su anuencia y quedó satisfecho con la enmienda que realizare la fiscalía sobre ese tópico particular de los hechos jurídicamente relevantes, donde quedó plenamente establecido que el ciudadano sería llamado a juicio por “meros actos sexuales”.

Esa expresión, si bien puede generar cierta confusión, no es del talante de constituir una afrenta al derecho de defensa, ni mucho menos una violación al principio de congruencia, por cuanto quedó establecido con suficiencia que lo investigado en este asunto no era un acceso carnal, sino unos tocamientos

libidinosos realizados por el acusado, en contra de la víctima y bajo el aprovechamiento de un estado de inconciencia.

Así las cosas, no existe una incorrección en los hechos jurídicamente relevantes, ni vaguedades o ambigüedades en el escrito de acusación, de tal entidad que devengan en una afrenta al principio de congruencia ni mucho menos a un sorprendimiento injustificado. Tampoco existe un encuadramiento arbitrario de la conducta que deje al procesado en situación de indefensión, de tal entidad que rompa su derecho al debido proceso.

La censura propuesta por el recurrente en este sentido, no tiene ninguna vocación de prosperidad.

7.2.2 ¿Se presentó una irregularidad en la audiencia de juicio oral, al ordenarse por parte del despacho de conocimiento la conducción de las testigos K.V.S.G y Nidia Giraldo?

La Ley 906 de 2004, tiene un desarrollo por demás amplio en tema de prueba testimonial en el cual instituye pautas precisas para su práctica y reglas de valoración probatoria, así como obligaciones y excepciones para declarar⁷, como también las medidas para asegurar la comparecencia de los testigos.

⁷ ARTÍCULO 383. OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO. Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. El juez, con fundamento en motivos razonables, podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 146 de este código, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público.

Frente a este último punto, el código de procedimiento penal dispuso la aprehensión y conducción como una herramienta para garantizar la presencia de un testigo remiso que no se encuentre inmerso en las excepciones constitucionales, para rendir declaración⁸.

Respecto de este asunto, lo primero que se debe advertir es que a diferencia de lo que sucede en algunos despachos judiciales, la citación y comparecencia de los testigos no es una carga de las partes procesales sino de los despachos judiciales⁹, los cuales deberán indicar de forma precisa la manera en que esa citación debe hacerse¹⁰.

Así mismo, ante la renuencia, debidamente acreditada, de la persona para declarar, el juez, por disposición de la misma ley, puede ordenar su aprehensión y conducción, en tanto su calidad de director del proceso le implica velar porque el mismo se desarrolle de manera adecuada.¹¹

Esta actuación del juez de conocimiento no constituye una intromisión en la esfera de acción de las partes, por cuanto se está haciendo simplemente uso de sus facultades de dirección del juicio y de poderes correccionales para

⁸ ARTÍCULO 384. MEDIDAS ESPECIALES PARA ASEGURAR LA COMPARECENCIA DE TESTIGOS. Si el testigo debidamente citado se negare a comparecer, el juez expedirá a la Policía Nacional o cualquier otra autoridad, orden para su aprehensión y conducción a la sede de la audiencia. Su renuencia a declarar se castigará con arresto hasta por veinticuatro (24) horas, al cabo de las cuales, si persiste su negativa, se le procesará.

Las autoridades indicadas están obligadas a auxiliar oportuna y diligentemente al juez para garantizar la comparecencia obligatoria de los testigos, so pena de falta grave.

⁹ ARTÍCULO 171. CITACIONES. Procedencia. Cuando se convoque a la celebración de una audiencia o deba adelantarse un trámite especial, deberá citarse oportunamente a las partes, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación.

La citación para que los intervinientes comparezcan a la audiencia preliminar deberá ser ordenada por el juez de control de garantías.

¹⁰ ARTÍCULO 172. FORMA. Las citaciones se harán por orden del juez en la providencia que así lo disponga, y serán tramitadas por secretaría. A este efecto podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación.

El juez podrá disponer el empleo de servidores de la administración de justicia y, de ser necesario, de miembros de la fuerza pública o de la policía judicial para el cumplimiento de las citaciones.

¹¹ Cfr. CSJ Rad. 36518 del 9 de octubre de 2013.

lograr la debida comparecencia al juicio de los deponentes, con miras al veraz esclarecimiento de los hechos materia de investigación.

Del caso concreto

Dentro del presente asunto, planteó el defensor de **Escudero Jiménez** otra solicitud de nulidad por una presunta vulneración al derecho a la igualdad en vista de la situación presentada en la audiencia adelantada el 13 de marzo de 2019.

Aduce el recurrente que, pese a la renuncia que hizo la Fiscalía de los testimonios de la víctima y de su madre, la juez de primer nivel le indicó al delegado del ente persecutor que se podía hacer uso de la conducción con miras a garantizar la comparecencia de ambas testigos, situación que consideró el censor una intromisión en el rol de la parte acusadora que comportaba una afrenta al principio de igualdad de armas y consecuentemente una afectación al debido proceso de su prohijado que debía subsanarse a través de la nulidad de lo actuado hasta esa audiencia.

Para un mejor entendimiento del asunto en cuestión, conviene analizar al detalle el decurso de la audiencia del 13 de marzo.

Se tiene que en la precitada vista pública, la Fiscalía realizó un recuento de toda la actuación desplegada con miras a lograr la comparecencia de K.V.S.G y de Nidia del Socorro Giraldo Sánchez, así como del señor Hermes Giraldo, siendo infructuosos todos sus esfuerzos, motivo por el cual señaló:

La Fiscalía en el día de hoy ante tantos llamados sin respuesta positiva, renuncia a estos testigos porque no hay forma de hacerlos venir aquí a esta diligencia, ellos se muestran renuentes a declarar, la víctima directa, que es la que más nos interesa, no tenemos más como hacerlos comparecer...

Ante esta manifestación, la juez de primer nivel le recordó al delegado del ente acusador que existía la figura de la conducción, con miras a lograr la asistencia de los deponentes que se habían mostrado rebeldes a comparecer a la vista pública, a lo que la Fiscalía indicó que se procediera de esa manera, entonces.

Es esta la situación de la que se duele el apelante y que consideró una intromisión de la judicatura en las labores de la Fiscalía; empero, resulta alejado de la realidad procesal el aserto del defensor, por cuanto la labor desplegada por la *a quo* con miras a garantizar la asistencia de los deponentes renuentes no constituye nunca una intromisión en la actividad propia de la parte que los requiere, sino, por el contrario, el despliegue de un acto positivo correccional como director del proceso que nada riñe con el principio a la igualdad de armas.

Se tiene que la figura del artículo 384 procesal está diseñada para asegurar la comparecencia de testigos que fueron debidamente citados a declarar en la vista pública, por cuanto resulta imperioso que el juez, en su fuero de conductor del proceso, utilice esta herramienta coercitiva para lograr la asistencia efectiva del testigo, indistintamente de quien lo solicitó, sin que ello devenga en una intromisión indebida en el actuar de la parte interesada, ni mucho menos signifique una afrenta sustancial del debido proceso del contradictor.

Ante este panorama, resulta infundada la solicitud de nulidad incoada por el recurrente por cuanto el actuar de la funcionaria judicial jamás representó una

indebida intrusión en el actuar de la parte, ni mucho menos se argumentó por parte de la Fiscalía la renuncia a los testigos por otro motivo diferente a su renuencia a comparecer al estrado judicial.

En efecto, no se desconoce que el delegado del ente acusador si manifestó una inicial intención de renunciar a esos medios de prueba, pero ello solo obedecía al carácter rebelde de los deponentes para asistir a la audiencia de juicio oral a rendir su respectiva declaración; no obstante, ese *impasse* quedó superado cuando al recordársele por el juez de la causa la existencia de la conducción de los testigos, asintió a que se usara el medio coercitivo para la comparecencia y quiso agotar este recurso, previo al desistimiento de la prueba legalmente decretada en preparatoria. Por lo anterior, no es cierto que el fiscal haya renunciado a sus testigos, en los términos que lo plantea el recurrente.

Así, al no derivarse del actuar de la juez una afrenta al derecho de igualdad ni mucho menos al debido proceso del acusado, la solicitud anulatoria propuesta en este aspecto, tampoco prospera.

7.2.3 ¿La Fiscalía cumplió con su carga procesal de probar, más allá de duda razonable, que el señor Wbeimar León Escudero Jiménez, realizó tocamientos libidinosos en las partes íntimas de la menor K.V.S.G. aprovechándose de su estado de inconciencia?

Previo al estudio de este problema jurídico, la Sala considera debe hacerse un breve exordio sobre la prueba y su valoración, en especial del testimonio de las víctimas de delitos sexuales.

7.2.3.1. De la prueba y su valoración:

Para el efecto, se comenzará diciendo que en los Estados de Derecho, pero con mayor énfasis en los Constitucionales de Derecho, la presunción de inocencia se ha convertido en un principio basilar de la Justicia, con lo cual sencillamente se ha buscado proteger a las personas de la arbitrariedad de los detentadores del poder, bajo el axioma categórico de que “toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable” tal como quedó consagrado en nuestra Carta Política (art. 29), lo cual constituye no solo una salvaguarda dentro del proceso penal como tal, sino que se erige como un verdadero escudo de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estas se encuentran inmersas en un juicio criminal, como pueden ser el buen nombre, la dignidad, la honra, la intimidad; pero por sobre todo, la libertad e incluso la vida misma.

A pesar de las discusiones doctrinarias que hay al respecto¹², se considera actualmente, y sobre todo para el caso colombiano, que el *in dubio pro reo*, a su vez, a pesar de no tener asiento constitucional, es una arista esencial de la presunción de inocencia, al punto que el legislador lo elevó a canon de principio rector del proceso penal, fundiendo estos dos principios en una sola norma, para indicar y reforzar ese vínculo inescindible que les asiste:

“Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Art. 7.- Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria debe existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.”

¹² Al respecto consultar Guerrero Peralta, Óscar Julián. Institutos Probatorios del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica, 2009

No obstante y a pesar de lo dicho, entre las instituciones en comento sí existe cierta diferencia, en tanto que la presunción de inocencia es un *status*, dígase general, del que goza toda persona judicializada y el *in dubio pro reo* es una garantía esencialmente procesal que no solo sirve de derrotero a la judicatura al momento de evaluar la responsabilidad del enjuiciado, sino para la propia actividad de la Fiscalía, en el sentido de que solo se puede condenar a una persona cuando haya certeza plena de la materialidad del delito y de la responsabilidad del procesado.

Ahora bien, si la certeza, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es el “*conocimiento seguro y claro de algo*”, y si modernamente los procesos penales con tendencia acusatoria se entienden como cuadriláteros dialécticos donde en realidad ya no se procura “*hallar*” la verdad, sino simplemente “*construirla*” a partir de la actividad seria y leal de las partes en confrontación, la conclusión que emerge diáfana e incontestable al punto que se ha convertido en premisa normativa es que es al Estado, específicamente la Fiscalía en nuestro caso, a quien corresponde demostrar más allá de cualquier duda razonable la materialidad del delito y la responsabilidad de la persona a quien convocó a juicio, so pena de que una falla sustancial en tal deber implique inexorablemente una decisión judicial adversa a su pretensión punitiva.¹³

De otra parte, y es importante de una vez advertirlo, nuestro régimen probatorio desde hace ya muchos años abandonó el sistema de la tarifa legal,

¹³ **ARTÍCULO 372. FINES.** Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

ARTÍCULO 381. CONOCIMIENTO PARA CONDENAR. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

para asumir uno basado en la libertad probatoria, la persuasión racional y la sana crítica, que implica que los hechos pueden ser probados por cualquier medio de convicción que esté conforme con nuestro ordenamiento legal y constitucional¹⁴, los cuales deben ser examinados y valorados de acuerdo a los principios técnicos y científicos desarrollados para cada uno de ellos y bajo las reglas de la lógica y de la experiencia. Además la valoración probatoria implica un análisis individual de cada elemento de convicción y de este con respecto de todo el acervo probatorio para determinar su coherencia y armonía o, por supuesto, su contradicción o contraste, lo cual será el punto axial de la decisión judicial cuando el problema jurídico sea de índole fáctica.¹⁵

7.2.3.2. La valoración del testimonio de las víctimas de delitos sexuales:

Se debe decir inicialmente que a pesar de las discusiones doctrinarias que haya al respecto¹⁶, se considera actualmente, y sobre todo para el caso colombiano, que el *in dubio pro reo*, a pesar de no tener asiento constitucional, es una arista esencial de la presunción de inocencia, al punto que el legislador lo elevó a canon de principio rector del proceso penal, fundiendo estos dos principios en una sola norma, para indicar y reforzar ese vínculo inescindible.

De otra parte, y es importante de una vez advertirlo, nuestro régimen probatorio desde hace ya muchos años abandonó el sistema de la tarifa legal, para asumir uno basado en la libertad probatoria, la persuasión racional y la sana crítica, que implica que los hechos pueden ser probados por cualquier medio de convicción que esté conforme con nuestro ordenamiento legal y constitucional¹⁷, los cuales deben ser examinados y valorados de acuerdo a los principios técnicos y científicos desarrollados para cada uno de ellos y bajo las

¹⁴ Art. 373 idem.

¹⁵ Art. 380 idem.

¹⁶ Al respecto consultar Guerrero Peralta, Óscar Julián. Institutos Probatorios del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica, 2009

¹⁷ Art. 373 idem.

reglas de la lógica y de la experiencia. Además la valoración probatoria implica un análisis individual de cada elemento de convicción y de este con respecto de todo el acervo probatorio para determinar su coherencia y armonía o, por supuesto, su contradicción o contraste, lo cual será el punto axial de la decisión judicial cuando el problema jurídico sea de índole fáctica.¹⁸

Por último, respecto de la prueba testimonial, la Ley 906 de 2004 impone una seria limitante en el sentido de que las personas solo pueden declarar sobre los aspectos que en forma personal y directa hayan percibido (con lo cual el testigo de oídas o de referencia queda circunscrito a situaciones excepcionales y con valor suasorio disminuido¹⁹), y respecto de su valoración individual el juez deberá tener en cuenta la naturaleza verosímil o no de la declaración, la capacidad del testigo para percibir y recordar, la existencia de prejuicios, interés u otro motivo que le quite objetividad, las manifestaciones anteriores que guarden coherencia con la versión actual o que por el contrario la contradigan, el patrón de conducta del declarante y las contradicciones en el contenido de la declaración misma.²⁰

Por eso el juez para apreciar el testimonio deberá tener en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria, y especialmente lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos del declarante, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió, los procesos de recordación, el comportamiento del testigo al momento de la declaración y, en ultimas, su propia personalidad.²¹

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

¹⁸ Art. 380 idem.

¹⁹ Art. 402 idem.

²⁰ Art. 403 idem.

²¹ Art. 404 idem.

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.

Ha de señalarse 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, por lo que 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.

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 adquiriera 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.²²

Análisis probatorio del caso concreto

En el presente asunto, el juez de primera instancia condenó al señor **Wbeimar León Escudero Jiménez** 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, de acuerdo a la calificación jurídica dada: actos sexuales abusivos con incapacidad de resistir, agravado.

El defensor del procesado apeló dicha sentencia indicando que la prueba arrimada al juicio no tuvo la entidad suficiente para demostrar la existencia del hecho; así mismo, indicó que se carecía de un medio de prueba científico que

²² C.S.J., Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

demonstrara el supuesto estado de indefensión de la víctima o la aparente puesta en incapacidad de resistir.

También se quejó el recurrente de la verosimilitud del testimonio de la víctima, pues considera que la presencia de otros jóvenes en la escena de los hechos imposibilitaba la ocurrencia del presunto abuso, máxime cuando otros declarantes en el juicio señalaron verla siempre con ropa. Del mismo modo, catalogó de inconcebible el hecho de que una persona de 15 años tenga una laguna mental producida por la ingesta de 3 tragos de licor, lo que se acentuaba más ante la inexistencia de un medio de prueba científico que permitiera verificar esa incapacidad psíquica temporal.

Como primer punto, la Sala no comparte la conclusión del recurrente en el sentido de la inexistencia de prueba idónea que permitiera establecer el estado de inconciencia de la víctima o de su incapacidad para resistir, al no existir un medio de conocimiento de índole científico o pericial que permitiera convalidar la imposibilidad de la adolescente de ejercer oposición al ataque sexual sufrido.

Frente a dicho reparo conviene precisar que el mismo es carente de un fundamento legal válido, por cuanto en el sistema procesal colombiano no existe una tarifa legal probatoria que imponga una camisa de fuerza de selección de un medio de prueba concreto para probar un hecho determinado; por el contrario, ante la existencia de libertad probatoria, las partes pueden acudir a cualquier medio de conocimiento válido para intentar demostrar la situación fáctica y la tesis que pretenden sacar adelante en juicio.

Por ello, nada más alejado de la realidad que el planteamiento del recurrente sobre la inexistencia del hecho investigado por la ausencia en el acervo de una prueba de índole científica que determine el estado de inconciencia de la

víctima, por cuanto resulta admisible que la fiscalía utilice el medio de conocimiento que considere pertinente, conducente y útil para demostrar tal aserto, sin que sea necesario que solo a través de una prueba específica pueda llegarse al conocimiento de la real ocurrencia de esa situación, lo cual debe ser analizado por la judicatura a la luz de los principios de la sana crítica y la persuasión racional y no, como lo pretende el apelante, otorgarle nulo valor probatorio a los elementos traídos al juicio por el ente acusador en aplicación de una inadmisibles tarifa legal.

Por ello, no puede despacharse favorablemente en este aspecto lo pretendido por el apelante y debe, consecuentemente, entrarse a estudiar si con los medios de prueba legalmente allegados al plenario se pudo demostrar o no, la real ocurrencia de los hechos materia de investigación, abordando así el segundo reparo que realiza el recurrente en sus exculpaciones.

En efecto, indica el censor que el relato de la afectada deviene inverosímil por cuanto ante la presencia de tanta gente en la finca, donde presuntamente ocurrieron los abusos, resultaba imposible que estos se presentaran. Para verificar esto, la Sala analizará en detalle la versión que entregó K.V.G.S. en la audiencia de juicio oral con miras a examinar su credibilidad, verificando su consistencia interna y externa.

Se tiene que K.V.G.S compareció a juicio el día 8 de abril de 2019, casi 11 años después de la ocurrencia de los hechos materia de investigación y cuando ya contaba con 26 años de edad. Al momento de preguntársele sobre la situación fáctica acaecida el 13 de abril de 2015, hizo un relato de todas las circunstancias que ocurrieron ese día, la forma en que llegaron a la finca y el motivo de la reunión, para posteriormente señalar:

Ya después eran como las 4 de la mañana, y tampoco nos dieron comida, Weimar estaba con otro señor en una tiendecita vendiendo licor, vendiendo pues como pasteles y yo creo que no le compre porque a mí no me gusta la carne y ya eran como las 4 de la mañana y ya tenía mucho frío, yo no lleve cobijas, no lleve sábanas, no me pensaba meter tampoco a la piscina, entonces no lleve mayores cosas, no sabía que a esa hora iba a ser tanto frío. A uno de los profesores que no era el mío si no otro, que ese si era heterosexual, yo creo que ese sí, yo le pedí, yo lo vi con una chaqueta negra, yo le pedí la chaqueta para que me la prestara, pues un ratito y a esa hora no sé si me acosté en una mesa de billar con la amiguita o yo sola; entonces, me acosté ya con la chaqueta yo ya tenía mucho sueño y llegó el profesor y me la pidió dijo que estaba haciendo mucho frío que se la pasara. Pues ya de ahí pues ya estaba haciendo mucho frío ya estaba tan tarde, nos vamos a ver horrible al otro día y fuimos otra vez a la tiendecita creo que estaba con dos niñas, yo estaba con dos niñas que fuimos a preguntarle a Weimar otra vez que queríamos dormir, que teníamos mucho sueño, que teníamos muchos frío, porque nosotras vimos una habitación al lado de la tienda; nosotras le preguntamos que nosotras donde nos íbamos hacer y él dijo que no, que solo se podía una y yo ya estaba muy cansada, tenía mucho sueño yo dije: yo primero, entonces, que nos turnábamos y él dijo entonces se turna, y él dijo “entre solo una” y yo entre.

bueno me paso una cobija, yo me acobije, yo estaba vestida con una blusita cortica y un pescador de jean hasta la rodilla entonces él entraba y salía del cuarto, como ahí estaba la tiendecita él tenía una media de ron en la mano y me dijo tómese uno para que se duerma, y yo no, tengo mucho sueño, yo no quiero, entonces, bueno parado ahí lo vi un poco prendo.

(...)

me preguntaba que si era virgen, que si en algún momento había tenido relaciones, yo le decía que no, me sirvió el otro: tómese pues el otro y la dejo tranquila.

Le recibí tres (tragos) y él ya se fue, si hágale, que entonces yo ya me voy y ya me quedé ahí.

(...)

una blusita cortica un pescador cortico hasta la rodilla y ya me acobije y ya de ahí no sé en qué momento me dormí, no sé cuánto tiempo pasó, ya cuando trataba de abrir los ojos yo vi a Weimar en mis piernas y le alcanzaba a ver la cabeza estaba muy cerca de la vagina y yo habría los ojos y yo ¿qué está haciendo? y volvía como que me desmayaba no sé si me emborrache o me echó algo, no sé en todo caso yo estaba inconsciente porque yo intente pararme y otra vez como que me iba, me desmayaba, no sé qué era; y trate de alzar la mano y tampoco, o sea traté de alzar la mano así, otra vez se me desvanecía, así y otra vez cerré los ojos, cuando abría los ojos yo lo sentía por acá o sea él mantiene sudando y yo lo sentía por acá y me estaba dando besos y también me tocaba los senos, y yo otra vez me quedaba inconsciente y volví abrir los ojos y yo lo veía ahí y yo Weimar que está haciendo y yo no era capaz, otra vez como que me quedaba inconsciente; yo no sé mi cuerpo, porque estaba así no

sé si son efectos de la borrachera por tres tragos, no sé si me echaron algo, no sé, en todo caso yo siempre abría los ojos y otra vez me desvanecía y otra vez abría los ojos volteaba y vomitaba, no vi que salía. Yo creo que ni comí ese día por lo mismo que les conté que no había comida ni tome nada entonces yo solo habría los ojos y voltee así y vomite y lo sentí varias veces acá besándome por acá por la cara y yo sentía que los senos me los estaban tocando y no me di cuenta cuando me quitaron lo de abajo. El jean el pescador y el calzón no me acuerdo si era tanga no me acuerdo no se en que momento me lo quito en un momento abrí los ojos y tenía las piernas así dobladas y abiertas y yo lo veía a él ahí pero veía la cabeza tampoco lo vi desnudo tampoco lo llegue a ver yo solo le veía la cabeza incluso uno cuando empieza a tener relaciones uno ya se depila ni si quiera me depilaba incluso estaba con pelos mi vagina y yo lo sentía yo siempre que habría los ojos lo sentía a él ahí con la cabeza como besándome y con las piernas abiertas.

(...)

Así mismo, la declarante expresó que no tenía puesta la parte inferior de su ropa y que otras niñas ingresaron a su habitación y le indagaban por lo ocurrido, procediendo la afectada a contarles los sucesos; así mismo, señaló que estas compañeras la ayudaron a dirigirse a un baño a vomitar varias veces.

De este testimonio, puede la Sala apreciar que el mismo es lo suficientemente claro, pese al amplio interregno temporal que pasó entre el día de los acontecimientos hasta la fecha en que esta persona acudió a la audiencia de juicio oral.

La testigo ostenta una buena capacidad de rememoración, su relato descarnado estuvo cargado de muchos detalles que solo podrían haberse dado gracias a lo traumático y significativo que fue para ella el abuso que se cometió en su contra.

Se puede destacar que de los dichos de la afectada, se extrae con total claridad el lugar de ocurrencia de los hechos, en qué consistieron los abusos, cuál fue la antesala a estos actos abusivos, cuántos tragos de ron le recibió al agresor y la excusa con la que este se lo daba. La testigo fue clara en señalar que el

acusado la acompañó hasta el cuarto y que tenía en su mano una botella de licor con unas copas de la que le dio los 3 tragos con el pretexto de que eso la haría dormir más rápido.

Si bien la deponente indicó que su estado de conciencia no era el más óptimo, pues se sentía mareada, somnolienta, débil y que se desvanecía cuando intentaba quitarse al victimario, que sus manos se caían cuando buscaba repelerlo, si señaló con toda claridad que sintió como le tocaban su cuerpo y los besos que recibía, que alcanzó a observar al acusado entre sus piernas y que este le bajó la parte inferior de su ropa, incluido los interiores. Refirió, además, que pudo sentir como el acusado le besaba su cara y vagina, le tocaba sus senos y que se percató que este estaba entre sus piernas luego de quitarle la parte inferior de sus vestimentas.

La menor es insistente en decir que en aquella noche después de que se acostó en esa cama Indicó que se sintió mareada y somnolienta, y que al día siguiente fueron recurrentes los vómitos y los malestares producto de la sustancia alcohólica ingerida.

Encuentra la Sala que la testigo en su relato fue lo suficientemente clara en señalar los actos lúbricos de los cuales fue víctima por parte del enjuiciado sin que se apreciara que lo contado fuera dubitativo ni mucho menos inverosímil. No se evidencia un asomo de animadversión o animo dañoso en esta deponente, por cuanto fue conteste en señalar que su relación con el acusado, previo a estos acontecimientos, carecía de problemas y que en general era buena, al punto de permitírsele por parte de la familia de la menor que se la llevara a ese y a otros eventos en donde aquella participaba como modelo de la agencia que dirigía **Escudero**.

Es importante señalar que la defensa por medio del conainterrogatorio no pudo descalificar lo dicho por la agraviada con ocasión a los tocamientos libidinosos recibidos por parte del encartado.

Ahora bien, en principio parece razonable la hipótesis del abogado acerca de que resulta inverosímil que nadie notara el comportamiento sexual del acusado cuando fueron varias las personas que estuvieron departiendo en esa finca aquella noche; pero no se puede dejar de lado que es la misma ofendida quien explicó que nada pasó en toda la noche hasta cuando ella y dos chicas más en esa madrugada se dirigieron al acusado para que les permita dormir en una habitación que ellas vieron desocupada; pero que aquél no les permitió que se acostaran las tres sino solo la ofendida y que fue en ese espacio de privacidad, no accesible a los demás invitados, en donde cometió el abuso sexual. Esta situación manda al traste esta coartada de la defensa.

Por último, es cierto que frente a la inconsciencia relativa de la víctima no hay prueba técnica o científica sobre su clase e intensidad, ni tampoco es claro que le produjo la misma; pero no por ello se la puede de tajo desvirtuar, pues el relato de la adolescente es lo suficientemente creíble al respecto y la defensa, tampoco en este punto lo pudo poner en tela de juicio.

Ahora, conviene que la Sala verifique la consistencia externa de los dichos de la agraviada, con base en los demás medios de prueba testimoniales arrimados a la actuación.

Encuentra la Sala que la Fiscalía no arrimó al juicio otro testigo presencial de los hechos, como es lo común en este tipo de delitos; pero, a manera de prueba de corroboración, si se introdujo varios declarantes que afirman haber encontrado a la víctima al día siguiente llorando, sin ropa y mareada, tal como es el caso de Soris Vélez Posada y Lizet Johana Gómez Vélez, quienes refirieron

que a la mañana siguiente hallaron a la afectada llorando, envuelta en sábanas y pidiendo insistentemente que se llamara a sus padres, lo cual también se confirmó con los dichos de Nidia del Socorro Giraldo Sánchez madre de la agraviada, que si bien no tuvo conocimiento directo del hecho, si fue clara en indicar el estado en que encontró a su hija al momento de arribar a la susodicha finca, lo que coincide con el relato de las anteriores testigos y de la víctima.

Se itera, si bien estos declarantes no presenciaron de manera directa el hecho de abuso en contra de K.V.S.G. por lo cual el conocimiento que tienen de los sucesos concretos obedece a prueba de referencia inadmisibles, ello no es así con las circunstancias que pudieron percibir de forma directa en lo que atiene al estado en que se encontraba la víctima, situación que le da un alto respaldo a las manifestaciones de la afectada en el juicio oral, pues se compadece de forma concreta con lo relatado por ella y le dan un respaldo con su dicho a lo relatado por la víctima en juicio.

Conviene precisar que la practica probatoria de la defensa, no tuvo la entidad suficiente para desacreditar la prueba de cargo:

Se tiene, que la defensa arrimó a juicio el testimonio del señor Alexis Tobón quien en su declaración se limitó, en primera medida, a tratar de establecer la presencia o no de licor en el lugar de los hechos, quedando serios vacíos sobre este aspecto, pues nada se dijo sobre si los asistentes a la finca se encontraban ingiriendo alcohol o si se comercializara esa sustancia en el evento.

En segunda medida, lo pretendido por la defensa con su prueba era demostrar por medio de ese testigo si conocía o no al procesado y a la víctima, así como el hecho de que esta última hubiese sido observada ingiriendo licor, lo cual no tendría ninguna fuerza suasoria con miras a derruir la solidez de la prueba

arrimada por el ente acusador, habida cuenta que el debate de circunscribió a establecer unos actos lúbricos realizados por el procesado en contra de K.V.S.G, aprovechándose de una incapacidad de resistir.

De esa prueba de la defensa, no se pudo establecer aspecto alguno que hiciera menos probable la tesis acusatoria; ello se aviene aún más a la realidad procesal al denotarse las censuras del recurrente que nunca fueron encaminadas a una mala valoración de la prueba por el llevada a juicio, lo que permite concluir que la misma es insuficiente para desvirtuar las solidad demostraciones que enseñó la Fiscalía en su práctica probatoria.

Como se puede observar sin dificultad, la versión de la adolescente tiene mucha solidez y puede servir como fundamento de la sentencia, pues a pesar de que es realmente la única prueba de cargo, la misma no pudo ser desvirtuada por la defensa; pero, además, tiene varias pruebas de corroboración en punto a que ciertamente para esa fecha el acusado la invitó a la finca, que ella amaneció en ese sitio, que varias personas la pudieron observar al otro día desnuda y en muy malas condiciones anímicas no solo por una supuesta intoxicación etílica, sino por el desazón que le produjo la afrenta sexual de la cual fue víctima.

Adicionalmente no se puede perder de vista el indicio de presencia, pues la ofendida es categórica en advertir que la única persona que estuvo con ella en la habitación durante un tiempo mientras se dormía fue el acusado quien le suministro tres copas de ron, eso sí, sin que se haya demostrado con fehaciencia si fue la ingesta de ese licor la que la puso en estado de semiinconsciencia, aunque tal condición mental si se puede dar por demostrada no solo por el dicho de la menor, tal como ya se ha insistido, sino por la demás prueba testimonial traída por la Fiscalía.

Con ocasión al agravante contenido en el numeral 2 del artículo 211 adjetivo, esto es, *“El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”* quedó establecido con suficiencia que el señor **Wbeimar León** era el coordinador de las actividades de una academia de modelaje a la cual pertenecía la víctima, lo que inexorablemente derivó en que en él se depositara una confianza no solo por parte de la agredida, sino también por su familia.

Lo anterior, se puede colegir sin mayores esfuerzos de las declaraciones de todos los testigos de cargo, e incluso de la prueba de la defensa, de la que se extrae que el encartado ostentaba una posición de confianza en razón a la labor que desempeñaba, situación que tampoco fue rebatida por parte de la defensa y que da lugar a la estructuración de la situación de agravación específica que fuere imputada al procesado.

Este hecho, indefectiblemente muta los extremos punitivos, quedando en un interregno de 64 a 135 meses de prisión, lo que permite afirmar que la pena impuesta al procesado no obedeció, como lo quiso hacer notar el censor, a un error inducido por la presunta mala configuración de la acusación, sino a la agravante que le fue endilgada a su prohijado a lo largo de esta actuación y que, se itera, fue demostrada con suficiencia.

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 **Escudero Jiménez**, abusó sexualmente de la otrora

menor K.V. el 13 de abril de 2008, aprovechándose del estado de inconciencia generado por una supuesta ingesta de licor.

En este orden de ideas, estima la Sala que la censura planteada por el recurrente en este aspecto valorativo de la inexistencia del hecho, tampoco tiene vocación de prosperidad, resultando imperioso la confirmación de la condena.

7.3.4. ¿Se debe inaplicar en este asunto la prohibición de beneficios contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 en favor del sentenciado, y en su lugar concederle la prisión domiciliaria?

Para determinar tal cuestión, la Sala debe remitirse a lo estipulado en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que establece:

ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, **cometidos contra niños, niñas y adolescentes**, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo [306](#) de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos [307](#), literal b), y [315](#) de la Ley 906 de 2004.
2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo [314](#) de la Ley 906 de 2004.
3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo [324](#), numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.
4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo [63](#) del Código Penal.
5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo [64](#) del Código Penal.

6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo [461](#) de la Ley 906 de 2004.

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos [348](#) a [351](#) de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley [600](#) de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.

De la interpretación clara y literal de la aludida disposición, encuentra esta Sala que, de conformidad con lo consagrado en el numeral 6, en los casos que los menores sean víctimas de delitos de homicidio o lesiones personales dolosas, delitos contra la integridad sexual o secuestro, el juez de ejecución de penas no puede conceder el sustituto de la ejecución de la pena previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, esto es, conceder la prisión domiciliaria.

Lo anterior indica que el querer del legislador no fue otro que evitar que las personas condenadas por este tipo de delitos sean acreedoras de cualquier tipo de beneficio penitenciario, entre los que se encuentra la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, pues aun cuando se refiere en específico al juez de ejecución de penas, de conformidad con lo ya decantado por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, esta

facultad igualmente recae en el juez de conocimiento, quien al momento de determinar la pena a imponer, tiene la competencia para establecer en la sentencia si esta puede ser sustituida.

Para reforzar la anterior postura, se debe acudir al numeral 8 del artículo 199 ibíd., pues como cláusula de cierre consagró que en estos casos no procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento penal, siempre que esta sea efectiva.

Lo anterior indica que aunque la prisión domiciliaria no es precisamente un subrogado penal, ya que estos en concreto son: (i) la suspensión condicional de la ejecución de la pena y (ii) la libertad condicional, sí es un beneficio, por lo que consecuentemente se encuentra proscrito para este tipo de delitos en contra de los menores de edad.

Aunado a lo anterior y para zanjar cualquier discusión, el párrafo transitorio de la precitada norma, expresamente indicó que en donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de los delitos a los que se refiere el inciso primero de dicho artículo, no procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

Precisamente en sentencia de tutela, emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al respecto se indicó:

"En su interpretación natural y obvia, es claro que el precepto atrás destacado (artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006) busca cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete numerales anteriores pueda quedar abierta, haciendo inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que

arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz.

Y basta verificar el contenido íntegro del artículo 199 en cita, en particular sus 8 numerales y el párrafo, para definir inconcuso el querer del legislador, que se extiende al inicio mismo de la investigación penal, en punto de las medidas de aseguramiento a imponer y su imposibilidad de sustitución; el desarrollo de la misma, con limitaciones respecto del principio de oportunidad y las formas de terminación anticipada del proceso; el contenido del fallo, restringiendo la posibilidad de conceder subrogados; y la fase ejecutiva de la pena, impidiendo la libertad condicional o la sustitución de la sanción”²³ –Negrilla propia -

Del caso concreto

En el presente asunto se queja el recurrente de que la prohibición del canon 199 de la Ley 1098 de 2006 no le era aplicable al acusado por cuanto la víctima tenía más de 15 años y que el argumento usado por la juez para ello, era insuficiente, aunado a que su prohijado cumplía con todos los requisitos del artículo 38 del C.P. cuando se refiere al beneficio en comento.

También, indicó que se debían desatender las reglas que prohibían la prisión domiciliaria para estos eventos, dado que la afectada no era del mismo núcleo familiar del encartado y este se dedicaba a una actividad lícita y loable en pro de la juventud.

Respecto del primer argumento, el mismo resulta inadmisibles, pues para esta Sala no tiene mayor discusión que las prohibiciones establecidas en el artículo 199 corresponden a víctimas menores de edad y no menores de 14 años como equivocadamente lo piensa en censor. Como la aquí ofendida para el momento de la comisión del delito tenía 15 años es en un todo claro que la prohibición sí le cobija al acusado si tenemos en cuenta que los hechos sucedieron en el año 2008.

²³ Radicado 484240 del 11 de mayo de 2016. S.P. Corte Suprema de Justicia.

Respecto del segundo argumento, se debe decir que dentro de las prohibiciones del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, quiso el legislador cobijar expresamente la concesión de la prisión domiciliaria, norma que en la actualidad goza de plena vigencia en el ordenamiento jurídico y tiene una aplicación obligatoria para todos los operadores jurídicos del país.

Respecto de esto mismo, si lo pretendido por el apelante era la inaplicación de esa prohibición legal expresa, su ejercicio argumentativo debió encaminarse a enseñarle a la *a quo*, y eventualmente a la segunda instancia, que en este caso concreto la norma devenía abiertamente inconstitucional o inconveniente y fundamentar en qué consistía esa incompatibilidad de la prohibición con el ordenamiento superior, cuestión que obviamente no realizó el abogado, limitando su intervención a manifestar argumentos de conveniencia y humanidad que resultan insuficientes para propender por la inaplicación normativa, que en últimas, es lo que pretende.

Tampoco, puede ser de recibo el planteamiento del apelante direccionado a que se aplique por favorabilidad el contenido del artículo 314 del C.P.P. y no el del canon 38 del C.P., por cuanto en el párrafo del primer artículo, existe una expresa prohibición legal de sustitución de detención preventiva intramural por domiciliaria, cuando la imputación sea por el delito de actos sexuales con incapaz de resistir, tal como ocurre en este caso la cual está vigente desde la expedición de la Ley 1142 de 2007, que se encontraba incorporada al ordenamiento jurídico para la fecha de los hechos aquí juzgados.

Tampoco es admisible el tercer argumento en el sentido de que la víctima y el victimario no pertenecen al mismo núcleo familiar y que el encartado carece de antecedentes penales y desempeña una actividad lícita y loable en pro de la juventud, así como que los fines de la pena se cumplirían sin problemas con

la aplicación del sustituto, pues ante la expresa prohibición legal vigente ninguna de estas circunstancias podría entrarse a valorar, menos aún cuando el legislador no las tuvo en cuenta para determinar la viabilidad jurídica del beneficio en comento.

Para abundar en razones, es menester recordarle al recurrente que el principio de legalidad también es uno de los ejes fundantes de la actuación penal, sin que el mismo se pueda transgredir por la sola y vacía invocación sin más del principio *pro homine*, máxime cuando no ofreció, como se dijo, argumentos que indicaran la presunta inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la norma en comento.

En consecuencia, la censura en este aspecto tampoco prospera.

8 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: CONFIRMAR la sentencia del 11 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Girardota, por medio de la cual se condenó al señor **Wbeimar León Escudero Jiménez**, por el delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, agravado.

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado