



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

SP2492-2024

Radicación No. 57138

Aprobado Acta No. 215

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

I. VISTOS

Decide la Corte el recurso de *impugnación especial* interpuesto por la defensa de **OAMG**, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 6 de noviembre de 2019¹, que *revocó* el fallo *absolutorio* emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, el 6 de noviembre de 2018, y *condenó* al procesado por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, en calidad de

¹ Léida el 20 de aquel mes y año.

autor, a las penas de nueve (9) años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

II. HECHOS

El 29 de noviembre de 2013, la menor *L.F.L.V.*, que contaba con doce (12) años de edad, acudió en horas de la tarde a la Institución Educativa “*Los Fundadores*” del municipio de Riosucio, Caldas, tras una convocatoria de la banda musical de la que hacía parte.

Tras acudir al aula en la que estaban ubicados los integrantes de la banda, la menor pidió permiso para ir al baño y, para esos efectos, le solicitó las llaves al portero de la escuela, de nombre **OVIDIO ANTONIO MUÑOZ GUTIÉRREZ**. Tras regresar de este lugar, la niña se aproximó al prenombrado con la intención de devolverle las llaves. En ese instante, el portero la agarró del brazo e hizo que ingresara al cuarto de portería, en donde él se encontraba.

Allí, **OAMG** le dijo a *L.F.L.V.* que era una “*mamacita*” y, acto seguido, procedió a darle besos no consentidos en la frente, mejilla, cuello y boca. A los treinta segundos de haber ingresado, la menor logró desprenderse y salir del recinto. Ella le contó lo sucedido a una amiga suya y, posteriormente, a su abuela y madre. Estas últimas interpusieron la denuncia que dio origen a la presente causa.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. El 14 de marzo de 2017, ante el Juzgado 1º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Riosucio, **OAMG** fue imputado por el delito *actos sexuales con menor de catorce años* en calidad de *autor*. El procesado no aceptó los cargos.

3.2. El 12 de junio de 2017 se presentó escrito de acusación y el expediente le fue repartido al Juzgado Penal del Circuito de Riosucio. La audiencia de formulación de acusación se realizó el 4 de octubre de aquel año, al tiempo que la preparatoria se desarrolló el 18 de enero de 2018. En esta fecha, la defensa *apeló* el decreto probatorio y, en auto del 6 de abril de aquel año², la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales se *abstuvo* de pronunciarse sobre el fondo del recurso.

3.3. El juicio oral se adelantó en sesiones del 12 y 28 de septiembre de 2018; ocasión en que se emitió un sentido del fallo *absolutorio*. La sentencia se leyó el 6 de noviembre siguiente y fue apelada por la Fiscalía y la representación de víctimas.

3.4. En providencia del 6 de noviembre de 2019³, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales *revocó* la absolución y *condenó* a **OAMG** como *autor* responsable del delito de *actos*

² Leído el 3 de mayo siguiente.

³ Leída el 20 del mismo mes y año.

sexuales con menor de catorce años a las penas de nueve (9) años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Igualmente, le *negó* los subrogados de *suspensión condicional de la ejecución de la pena* y la *prisión domiciliaria*, por lo que ordenó *librar* la correspondiente *orden de captura*.

3.5. La defensa interpuso el recurso de *impugnación especial* y aquel fue *concedido* por el *ad quem* en auto del 13 de febrero de 2020.

IV. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Penal del Circuito de Riosucio *absolvió* a **OVIDIO ANTONIO MUÑOZ GUTIÉRREZ** del cargo por el que fue acusado, con fundamento en los siguientes argumentos:

4.1. Después de resumir el contenido de los testimonios practicados en juicio, la primera instancia consideró que el problema jurídico que le correspondía resolver se centraba en determinar si los besos dados en la cara y en la boca de la menor constituye típicamente el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*.

A efectos de resolver esa cuestión, adujo que, en este caso, “(...) *la respuesta jurisdiccional se ve enlazada con la atipicidad de la conducta (...)*”, comoquiera que, a su juicio, de lo demostrado en juicio no se desprende que el comportamiento desplegado por el procesado se ajuste de

forma objetiva a la descripción típica contenida en el artículo 209 del Código Penal⁴.

4.2. Adujo que esta conclusión no se fundamenta en la incredulidad del testimonio de *L.F.L.V.*, sino que, por el contrario, en el hecho de que es posible confiar en la verdad entera de su relato. A continuación, resaltó que, en su narración, la menor indicó con claridad que el procesado no le había tocado sus partes íntimas, sino que se había limitado a darle besos en la cara y en la boca.

Al respecto, el *a quo* afirmó que, con esta narrativa, es posible entretejer la tesis de *atipicidad* de la conducta desplegada. Al respecto, señaló que:

“Con esa descripción narrativa, el Despacho es del criterio que el comportamiento de Ovidio Antonio carece de tipicidad frente al ilícito enrostrado por el persecutor penal, no se conforma la estructura óptica de actos sexuales abusivos con menor de catorce años. La anterior conclusión, por cuanto el comportamiento de besarla en el cuello, mejilla y por una única vez en la boca, dándole ósculos superficiales, fugaces, mediando la repulsión de la víctima que nunca permitió la consumación delictiva en la forma planeada por el agresor, quien a no dudarlo tenía serias intenciones protervas, libidinosas, pero que la menor por siempre evitó acercamientos en tanto cuando el acusado logró ingresarla a su sitio de trabajo, le manoteó tanto, que con tal conducta defensiva impidió de paso la perfección salaz de lo que aquél quería [los pensamientos no son delictivos, recuérdese bien], porque finalmente se le escabulló de una escena que perduró unos escasos instantes [31 segundos contados desde su ingreso, hasta la salida de allí], acorde con el video proyectado en audiencia por el señor fiscal, aspectos suficientes para rehusar el juicio de tipicidad inmerso en el artículo 209 del código penal pues aunque la ilicitud no se mide en su concepción material a partir del tiempo, ese lapso sí confiere un amplio margen de valoración suasoria en

⁴ Es decir, *actos sexuales con menor de catorce años*.

punto de lo acontecido, es decir, si por tal transcurrir el agresor sexual tuvo oportunidad de satisfacción individual, ingrediente objetivo del tipo insoslayable.”.

4.3. Agregó que el abuso sexual siempre exige el “uso de un niño, niña o adolescente por parte de un adulto para la satisfacción de sus necesidades eróticas sin consideración de su desarrollo psico-sexual.”. Consideró que, en consecuencia, “(...) en ese tipo de vejaciones sexuales, el acto debe ser apropiado para estimular la lascivia del autor y de la víctima, o, al menos de uno de ellos, pues para la estructuración del acto sexual abusivo es necesario que exista ánimo lujurioso con relevancia externa.”.

De cara al delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, la primera instancia recordó que, en su descripción objetiva, “(...) quedan comprendidos todos los actos de tipo erótico, que, sin llegar al coito, realiza una persona sobre otra. Se trata de tocamientos, frotamientos, besos, apretones, etc., que con erotismo lleva a cabo el sujeto activo sobre el pasivo”. Resaltó que es elemento central del tipo que exista una “intención libidinosa en el autor” y que esta deba determinar la connotación del tocamiento en las zonas erógenas.

4.4. Frente al caso de **OAMG**, juzgó que su conducta no constituyó un acto lascivo, pues la víctima lo impidió con su “valerosa reacción defensiva”. Sobre esto, señaló que:

“Con lo dicho, desde un punto subjetivo y por usar la propia terminología jurídica, tal conducta NO constituye indudablemente un acto lascivo, pues aunque era evidente que el potencial agresor

quería descargar su tensión sexual, fue la víctima quien lo impidió con su valerosa reacción defensiva; luego, sin que sea un llamado a patrocinar la conducta truhana y abusiva del celador, pero considerando el asunto desde lo realmente acontecido, como el haber logrado estamparle varios "picos" en el cuello y la mejilla pero siempre con carácter pasajero, fugaz, ligero, superficial, allí entonces decae el juicio de tipicidad, pues el acusado no alcanzó en tan breve espacio de tiempo satisfacer su propia libido -y obvio, tampoco la de su víctima-, se recalca, porque más que una escena privada de contenido erótico, resultó ser el intento deliberado del hombre en satisfacerse lúbricamente y la acción repulsiva de la menor, hasta ella lograr zafarse del abrazo y adoptar una actitud huidiza de regreso hacia el aula donde se encontraba en limpieza de los instrumentos musicales.”.

4.5. En cuanto al beso en la boca, afirmó que, a pesar de que ella sí es una zona erógena –a diferencia del cuello y las mejillas–, y al margen de que este se estampó sin que mediara violencia⁵, lo cierto es que, a su juicio, la Fiscalía no logró demostrar que ese específico hecho enmarcara un acto sexual que afectara la libertad, integridad y formación sexual de la menor víctima.

Consideró que ello se explica en la medida en que “(...) se trató de un beso efímero en la superficie de los labios, sorpresivo y de poca duración sin introducción de la lengua en la cavidad bucal de ella, el cual no estuvo acompañado de otro lascivo potencial, como lo serían los tocamientos sobre el cuerpo de la ofendida, esto es, sus partes íntimas como los senos, nalgas o vagina (...)”. Insistió en que, de hecho, la intención erótica del comportamiento desplegado por **OAMG** “quedó totalmente desvirtuado dentro del juicio, circunstancias que, analizadas en su

⁵ De manera que la acción no puede categorizarse como un *acto sexual violento*.

contexto o justa dimensión, ponen en duda la conformación del acto sexual y la lesión a los bienes jurídicos protegidos”.

A juicio del *a quo*:

“(…) pero, en cambio, objetivamente hablando, es decir, según las pautas culturales de la comunidad e incluso de la propia víctima, aquello no puede pasar de ser una simple gamberrada con la consiguiente censura social, pero no para imponer el castigo atribuible para esta ilicitud, pues íntimamente ligado a este problema se halla la cuestión de la intencionalidad o 'fin lúbrico' de la acción, tan difícil de probar en algunos casos, como éste.”.

4.6. Concluyó que, como la conducta investigada resultó ser “*atípica*”, no le quedaba un camino diferente a ese estrado que *absolver* a **OVIDIO ANTONIO MUÑOZ GUTIÉRREZ** del cargo por el que fue acusado.

V. EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales *revocó* la absolución con los siguientes fundamentos:

5.1. El *ad quem* inició su disertación argumentando que en el proceso no se presentó debate alguno en torno a la credibilidad que merecía el testimonio de *L.F.L.V.* Consideró que, en realidad, el problema jurídico estribaba en la determinación de si los hechos narrados por ella realmente se encuadran, o no, en la descripción típica contenida en artículo 209 del Código Penal, que describe la conducta constitutiva del punible de *actos sexuales con menor de catorce años*.

Para resolver aquel problema, el Tribunal, tras referir extensamente las discusiones doctrinales que al respecto se han ventilado en la jurisprudencia de esta Corte, y después resaltar brevemente algunas de las consideraciones del *a quo*, adujo que, pese a que la menor indicó que **OAMG** no le había tocado sus genitales, lo cierto es que el comportamiento del acusado sí estuvo mediado de una clara intención lasciva, que da al traste con la tesis de *atipicidad* que defendió la primera instancia.

5.2. Al respecto, el *ad quem* argumentó que tal conclusión se derivaba de varias circunstancias: (i) que la conducta se desplegó en un “ambiente solitario”; (ii) que esta estuvo precedido de un indebido y claro “flirteo”; (iii) que el comportamiento estuvo acompañado de un jaloneo y de un abrazo no consentido que hizo que la niña quedara, con respecto al procesado, “presa de su deseo” y (iv) que ese deseo no quedó frustrado, pues “encontró sus frutos en el momento en que el hombre comenzó a darle besos en cuello, rostro y boca a la niña”.

Sobre este punto, y a propósito del beso en la boca, el Tribunal subrayó que:

“Como bien se aludía en el acápite precedente, la boca es parte del cuerpo apta para estimular la libido, así como punto de contacto apto para la excitación sexual, por lo que en el contexto en que obró el señor OVIDIO ANTONIO no había un simple rozamiento incoloro de los labios, sino un encuentro corporal con alto contenido sicalíptico, que permitía al hombre experimentar ardor sexual,

mientras que a la jovencita le aparejaba una repugnante intromisión en aquella faceta íntima denominada sexualidad.”.

5.3. A continuación, la segunda instancia agregó que, en efecto, *L.F.L.V.* no fue objeto de un “escueto o intrascendente beso sorpresivo, sino que se convirtió en presa de un repetitivo y abusivo besuqueo por parte de alguien que la tomó contra su voluntad, le manifestó la atracción que sentía y, por tal, le hizo entrever que se le acercaba y la besaba por el deseo concupiscente que aquí tuvo un papel protagónico (...)”. Adujo que, a pesar de que se puede pensar en la amplia gama de posibilidades de ataque que pudo realizar el agresor, los besos en el rostro, en la boca y en el cuello no son de menor entidad que el toqueteo en los senos, las nalgas o los genitales y que, en todo caso, no es posible aislarlos de su potencialidad lesiva y su carácter lascivo.

A continuación, se quejó del juicio del *a quo*, tras advertir que este había banalizado un compartimiento que había generado un impacto significativo en *L.F.L.V.* Al respecto, adujo que:

“Claramente la práctica judicial ha llevado a los jueces a conocer de aberrantes comportamientos invasivos, en los que pareciera no haber límites. Pero tan pesados e impresionantes realidad, no puede conducir al absurdo de trivializar o relativizar aquellas otras conductas que parecieran de menor impacto, pero que sí lo tienen, pues también aparejan una alta aptitud vejatoria de la indemnidad sexual de quien la padece, como en este caso le ocurrió a aquella chiquita de 12 años que no vivió un simple disgusto o desazón calificable como una “gamberrada”, sino que en los 31 segundos que estuvo en el cuarto del portero, padeció una asquerosa irrupción en su intimidad, que se materializó en actos de claro tinte sexual que, a no dudarlo, han marcado su memoria, su visión del mundo, su confianza en los hombres, su percepción de la sexualidad, todo lo cual se traduce en la afectación de la formación e integridad sexuales, que son el bien jurídico que

precisamente pretende resguardar el artículo 209 del Código Penal por el que ahora se dictara sentencia en contra del procesado OAMG.”.

Insistió en que la conducta del procesado implicó atraer hacia sí a una niña de apenas doce (12) años y, “(...) *de forma decidida, dio vía libre a sus apetencias sexuales, a través de un contacto altamente invasivo y unos repugnantes besos con los que desconoció el infranqueable camino formativo en la esfera sexual de aquella víctima que, como le ocurre a diario a miles de niñas y mujeres en nuestro entorno, padecen intervenciones en su cuerpo y en su capacidad de decisión llamados a ser punidos.*”.

5.4. Seguidamente, insinuó que el juicio del *a quo* estuvo viciado por “*taras y velos machistas*” que “*son los que impiden identificar que cuando a una niña de apenas 12 años se le aborda con fines libidinosos y sobre su cuerpo se realizan acciones de perceptible carga sicalíptica (...)*”. La Sala insistió que, en este caso, estamos ante el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, cometido en el marco de un escenario de abuso sexual, e indicó que este “*(...) no dependen tanto del alcance de la mano del agresor, como sí de su retorcido desconocimiento de la indemnidad corporal y sexual de la persona a la que somete e instrumentaliza (...)*”.

Argumentó que estas razones llevan a la necesaria revocatoria del fallo apelado. En palabras del *ad quem*:

“Por virtud de lo expuesto, la Sala revocará entonces la decisión absolutoria adoptada en primera instancia, dejando de lado la visión de que sólo se está ante una falta de respeto censurable

desde el plano moral, y desestimando también que la oportuna repulsa de la víctima impidió el delito, pues aunque su desaprobación le permitió salir pronto del cuarto de OVIDIO ANTONIO, cuando lo hizo ya había sido jalada, abrazada, besuqueada y, en sí, mancillada por el hombre que no puede creerse que sólo hasta cuando pudiera ir más allá de los besos era cuando iba a encontrar satisfacción lasciva. Desde el mismo momento que tomó a la chiquilla comenzó su punible disfrute.”.

5.5. Finalmente, el Tribunal pasó a tasar la pena aplicable y la individualizó en el límite mínimo del cuarto mínimo, es decir, nueve (9) años, de conformidad con lo previsto en el artículo 209 del Código Penal. A su vez, le *negó* al procesado todos los subrogados, por expresa prohibición del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia y, en consecuencia, *ordenó* su captura inmediata.

VI. EL RECURSO DE IMPUGNACIÓN ESPECIAL

Inconforme, la defensa interpuso el recurso de *impugnación especial* y lo sustentó con los siguientes argumentos:

6.1. En primer lugar, resaltó que en el fallo del Tribunal no se tuvo en cuenta que los hechos por los cuales se condenó a **OAMG** se desarrollaron en apenas treinta (30) segundos, y adujo que, en ese corto lapso temporal, no es posible que haya habido un “*besuqueo*”, sino que es evidente que sólo pudo haberse producido un solo beso. Lo anterior, al margen de que, según enseñan las pruebas traídas a juicio, la menor repelió el presunto ataque, lo que implica que, con mayor razón, no

hubo suficiente tiempo ni espacio para que se desarrollara un verdadero asalto a la integridad sexual de la menor.

Agregó que, por lo demás, en el juicio no se alegó que el abordaje hubiera sido sorpresivo, pues fue ella quien acudió de manera voluntaria al cubículo del acusado y, tras observar el video de seguridad exhibido en juicio, afirmó que es evidente que ella sale a los treinta (30) segundos “*reposadamente*”.

6.2. Consideró que, dado el paso del tiempo, no es posible pregonar que la menor recordara la escena de manera clara y, de hecho, resaltó algunos puntos de diferencia entre el relato que rindió en juicio *L.F.L.V.* y los que narraron de oídas su abuela y el médico legista. En cualquier caso, resaltó que, de todas formas, la niña sí fue clara en su narración en el hecho de que el procesado no la tocó en zona erógena, lo que, a su juicio, implica que ella no tuvo una connotación sexual.

Frente al presunto beso en la boca, adujo que:

“Dentro del juicio como tal, tampoco es claro que se le hubiese dado un beso en la boca, se habla por la menor de un beso en la cara y de un beso presionado, no más. Por lo que entiende la unidad de defensa que se le ha dado una relevancia de carácter libidinoso, a algo que ni siquiera se materializó.”

6.3. Seguidamente, la defensa se quejó de la jurisprudencia citada por el *ad quem* y puso en duda su aplicación al presente caso, máxime cuando en ellas se

narraban situaciones que, a su juicio, sí revestían las características de un abuso, por ser de una gravedad abiertamente superior.

Insistió, también, en que la psicóloga que la practicó la entrevista a la menor no lo hizo con el rigorismo propio de la ciencia, al margen de que realizó esta labor sin la presencia de un defensor de familia. En cuanto al testimonio de la niña, especuló que, de su nerviosismo, es posible extraer que aquella sólo compareció a juicio como un compromiso con su familia, pero no porque realmente se sintiese víctima.

6.4. En cuanto a la jurisprudencia extranjera citada en el fallo del Tribunal, resaltó que en ella se discute si un solo beso puede constituir una conducta típica a la luz de los delitos de naturaleza sexual, y se posicionó en el argumento de que ello no puede ser así, comoquiera que la ausencia de toqueteo de partes íntimas o zonas erógenas es indicativa de la falta de *dolo* en lo que concierne al desarrollo de un verdadero abuso de naturaleza sexual.

En el caso de **OVIDIO ANTONIO MUÑOZ GUTIÉRREZ**, insistió, el corto lapso en el que transcurrieron los hechos, y la efectiva oposición que ejerció la presunta víctima, también da cuenta de esto, máxime cuando, en esas circunstancias, no fue posible despertar la intencionalidad libidinosa del agente. Adujo que, en cualquier caso, al haber considerado que así fue, el Tribunal afectó la *congruencia*, en tanto que ello no fue mencionado en la acusación, y el *in dubio pro reo*,

en tanto que tal circunstancia no fue demostrada en juicio más allá de toda duda razonable.

En sus palabras:

“(...) En principio, por el corto o efímero momento, sumado a la postura de la menor al ejercer oposición, no le permitió al aquí encartado tocarla o besarla de manera que despertara en él y en ella, esa intencionalidad libidinosa.

(...)

*En este caso específico, y sin faltar a la verdad procesal, tanto por el A quo como por el Juez Plural, no se da con precisión la connotación lujuriosa del roce de labios, forzada y fugaz, (que de serio sería NO congruente con la acusación), por lo que el proferimiento de una sentencia condenatoria por actos sexuales abusivos con menor de catorce años, que comporta una pena privativa de la libertad, torna probable la incursión en acto injusto por parte del Tribunal, generado en la trasgresión a los principios de congruencia e in dubio pro reo, evidencias que implican la prohibición de condena por hechos que no hicieron parte de la acusación y la resolución de toda hesitación probatoria en favor del señor **OAMG**.”.*

6.5. Finalmente, repitió que, en su declaración, la víctima incurrió en “inconsistencias” tales como “no recordar la fecha de los hechos y en cuando al episodio habló de 5 minutos, cuando ni siquiera transcurrió medio minuto. Al médico legista le dijo de tocamientos en la vagina, por encima de la ropa, mientras que en declaración en juicio desmintió ese aspecto.”.

Adujo que la sentencia del juez de primera instancia estuvo influida por la lectura probatoria a través de la lente de la *sana crítica*, al tiempo que ello no puede replicarse de

cara al fallo del *ad quem*. Por lo anterior, solicitó que se revise nuevamente los argumentos de la primera instancia, para darles la credibilidad que merecen y que, en consecuencia, se *absuelva* a **OAMG** del cargo por el que fue acusado.

6.6. A pesar de que se les corrió traslado para el efecto, las otras partes e intervinientes no se pronunciaron respecto del recurso de *impugnación especial* que fue presentado a nombre del acusado.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

La Sala es competente para conocer la presente *impugnación especial*, de conformidad con lo previsto en el numeral 7º del artículo 235 de la Constitución Política.

7.2. Sobre la *impugnación especial*

A partir del Acto Legislativo 01 de 2018, se adoptó en Colombia el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria para garantizar con ello la *doble conformidad*, conforme lo prevé el artículo 3º de aquel acto reformativo de la Constitución, que modificó el numeral 7º del artículo 235 de la Carta.

Con el fin de desarrollar los fines integradores de la jurisprudencia y de cumplir el mandato constitucional, la

Sala, mediante providencia AP1263-2019, adoptó medidas provisionales para garantizar el derecho a impugnar la primera condena emitida en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Entre tales medidas, se estableció que:

“(...) el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.”.

En vista de que en el presente caso **OAMG** fue condenado en primera vez en segunda instancia por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, es claro que él goza del derecho a la *doble conformidad* de su condena y, en esa medida, el recurso con el que cuenta para controvertirla es el de la *impugnación especial*. Este puede y debe ser estudiado prescindiendo de los rigorismos propios de la casación y, en consecuencia, puede ser interpuesto y sustentado con las mismas exigencias previstas para el recurso ordinario de *apelación*, tal y como lo tiene reiterada y pacíficamente sentado la jurisprudencia de esta Corporación.

En esas condiciones, la Corte procederá al estudio del recurso de *impugnación especial* presentado por la defensa de **OAMG**, bajo los parámetros y reglas constitucionales y jurisprudenciales que vienen de referenciarse.

7.3. Análisis y resolución del caso

Ahora bien, a efectos de resolver el caso puesto a consideración de la Corte, se definirá inicialmente el problema jurídico a resolver y, posteriormente, se procederá al análisis probatorio y jurídico que llevará a su resolución.

7.3.1. Problema jurídico

De acuerdo con el recurso de *impugnación especial*, es evidente que la queja del recurrente se puede resumir en los siguientes puntos:

(i) Una inconformidad con respecto a la manera en que se valoró el testimonio de *L.F.L.V.*, frente al cual la defensa señaló algunas inconsistencias e indicó que la narrativa allí contenida pudo haberse visto afectada por el transcurso del tiempo.

(ii) Una inconformidad respecto del ejercicio de adecuación típica pues, recogiendo el argumento del *a quo*, el recurrente alega que la rapidez de los hechos y la circunstancia de que la víctima hubiera repelido el ataque es indicativo de que este se produjo sin que se hubieran despertado intenciones libidinosas.

(iii) A juicio de la defensa, el hecho de que la segunda instancia hubiera adecuado la conducta a la descripción típica del delito de *actos sexuales con menor de catorce años*

afectó el principio de *congruencia* y la garantía procesal del *in dubio pro reo*.

Dado lo anterior, a la Corte le corresponde determinar:
(i) si el testimonio de la víctima estuvo adecuadamente valorado; (ii) si el ejercicio de adecuación típica se realizó correctamente y (iii) si se afectó el principio de la *congruencia* y la garantía del *in dubio pro reo*.

7.3.2. Estructura de la decisión

Para resolver los reproches reseñados previamente, la Sala adoptará la siguiente metodología:

(i) En primer lugar, recapitulará brevemente el contenido del testimonio de *L.F.L.V.* y, a continuación, procederá a valorarlo en conjunto con las demás probanzas practicadas en juicio, para determinar su credibilidad.

(ii) En segundo lugar, procederá a realizar, nuevamente, el ejercicio de adecuación típica, con la finalidad de determinar si, conforme a los hechos probados, se cometió objetiva y subjetivamente el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*.

(iii) Revisará brevemente si se afectó el principio de *congruencia* o la garantía constitucional que exige que la condena se profiera cuando se tenga conocimiento de los hechos “*más allá de toda duda razonable*”.

7.3.3. La valoración del testimonio de L.F.L.V.

A continuación, se hará un breve resumen del contenido del testimonio de L.F.V.L. y, acto seguido, se procederá valorarlo de cara a los otros medios de prueba practicados en juicio. Finalmente, la Corte determinará cuál es la credibilidad que merece esa declaración.

7.3.3.1. L.F.L.V. adujo haber estudiado en la Institución Educativa “Los Fundadores” de Riosucio, Caldas. En el año 2013 ella cursaba el grado 6º y tenía doce (12) años de edad. Indicó que en ese lugar conoció a un hombre que le apodaban “Sardino⁶”, que se desempeñaba como celador y que tenía una nevera en su puesto, desde donde vendía fruta y yogurt.

Recordó que, un día, ella tuvo un inconveniente con él. Específicamente, recordó que esto ocurrió el último día antes de salir a vacaciones. Adujo que, en esa ocasión, ella fue al colegio a organizar el cuarto de la banda. En la tarde, le dieron ganas de ir al baño y pidió permiso para salir, junto con una compañera que la acompañó.

“Sardino” era el encargado de custodiar las llaves del baño, por lo que ella tuvo que pedírselas a él. Antes de acudir al baño, el profesor llamó a su compañera, por lo que ella terminó yendo sola. Al regreso, se acercó a la ventana del puesto de “Sardino”, pero este no quiso recibirlas por ahí,

⁶ Se trata de un apodo irónico por su edad en un establecimiento educativo. Para el momento de los hechos (2013), él tenía 63 años de edad.

sino que la instó a que se acercara a la puerta. Al llegar a ese punto, el procesado la agarró por el brazo y la ingresó al espacio de portería.

Según narró la testigo, allí, **OAMG** se puso a darle besos en la cara y en la boca, al tiempo que le ofrecía cosas de la nevera. Ella recuerda haberse asustado mucho, y haberle dicho a su agresor que no quería nada. A los segundos, logró desprenderse del hombre y acudió de nuevo al salón, con una manzana que terminó por recibirle.

Cuando llegó, le contó lo sucedido a su amiga A., quién la había indagado por su aspecto temeroso. Posteriormente, ella hizo lo propio con su abuela, quién le narró lo acontecido a su madre, que estaba en Armenia. Al día siguiente, ella y su abuela denunciaron el hecho ante una profesora de la institución y ante el CTI. Agregó que nunca antes le había sucedido algo similar con **OVIDIO**, aunque sí escuchó de sus compañeras que él solía regalarles dinero o frutas y mirarlas morbosamente.

Al ser preguntada por la diligencia de reconocimiento fotográfico, reconoció haber participado en ella. También, ante la proyección del video de la cámara de seguridad de la institución, reconoció la escena grabada como la que ella recordaba. En este, se evidencia cómo *L.V.L.F.* ingresa al cuarto ocupado por el acusado y permanece en él durante treinta y un (31) segundos. A continuación, se la ve salir con una manzana en la mano.

En *contrainterrogatorio* adujo que a veces le compraba fruta a “*Sardino*” en su puesto de trabajo y que, en ocasiones, cuando se acercaba a él, este le indicaba que podría regalarle dinero. Señaló que, afortunadamente, en esa ocasión, el procesado no le tocó sus partes íntimas o sus senos.

En sede de preguntas complementarias, reiteró que, cuando ingresó al puesto de **OVIDIO**, la abrazó y comenzó a darle besos en la cara y en la boca. También, le decía que era muy linda y que era una “*mamacita*”. Cuando le ofreció la manzana, le dio otro beso en la boca, “*más forzado*” que los anteriores. No recordó cuantos “*picos*” fueron en total pero, en el último, él le agarró sus pómulos para besarla en los labios.

En ese instante fue que logró desprenderse y retirarse del lugar, no sin antes recibirle la manzana que el hombre le ofrecía con insistencia. Repitió, nuevamente, que él no le tocó sus senos, ni sus genitales.

7.3.3.2. En cuanto a la crítica de la defensa, al margen de lo escueto y de la debilidad de su argumentación –en donde apenas se intenta sembrar algunas dudas sobre la exactitud del relato, atendiendo al tiempo transcurrido entre el momento de los hechos y el día de la declaración–, lo cierto es que la Sala no encuentra ninguna razón para restarle credibilidad a la niña, máxime cuando este extremo procesal tampoco ofreció razón alguna que pudiera explicar por qué la menor *L.F.L.V.* quisiera declarar falsamente en contra de **OVIDIO ANTONIO MUÑOZ**

GUTIÉRREZ y hubiera sostenido ese mismo relato ante su madre, abuela, amiga, psicóloga y profesores durante varios años.

Las pequeñas inconsistencias denunciadas por la parte recurrente con respecto a lo dicho por las otras declarantes en el juicio, tales como la fecha de los hechos o la duración exacta del episodio, son aspectos apenas circunstanciales que pueden ser explicados fácilmente por el transcurso del tiempo, por el hecho de que los relatos diferentes a los de la menor son de oídas y por la circunstancia de que no tocan el núcleo central de la narración de la niña, que fue repetida una y otra vez a lo largo del juicio. Así, como se indicó previamente, dadas estas circunstancias, no encuentra la Corte razón alguna para descreer del relato de *L.F.L.V.* y, en consecuencia, considera procedente realizar el análisis jurídico del caso a partir de esa narración.

Finalmente, vale resaltar que, de todas formas, la credibilidad de este relato no fue realmente puesta en duda por ninguna de las instancias y, en últimas, el debate central que se ventiló a lo largo del proceso no tiene tanto que ver con este aspecto sino con la adecuación típica de los hechos, que son tomados tal y como los narró la menor.

A continuación, procede la Corte a adentrarse en la mentada discusión, a efectos de determinar la responsabilidad penal del acusado y la hipotética afectación de garantías fundamentales.

7.3.4. Sobre el delito de *actos sexuales con menor de catorce años* y la adecuación típica de los hechos probados

Ahora bien, procede la Corte a realizar el ejercicio de adecuación típica de los hechos objeto de juzgamiento. Para ello, hará una breve referencia preliminar a la dogmática del delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, tal y como lo ha definido esta Corporación en su jurisprudencia y, posteriormente, analizará si el núcleo fáctico sobre el que se centra el presente caso se corresponde con la descripción objetiva del comportamiento que es reprimido en ese punible.

7.3.4.1. El delito de *actos sexuales con menor de catorce años* se encuentra consagrado en el artículo 209 del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. *El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.*

Respecto al tipo objetivo, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, tenemos que el comportamiento allí descrito tiene las siguientes características:

(i) El sujeto activo es *indeterminado*, lo que implica que el comportamiento puede ser ejecutado por cualquier persona susceptible de responsabilidad penal.

(ii) El sujeto pasivo, sin embargo, es *calificado*, en tanto que el tipo establece que la conducta sólo puede recaer sobre una persona “*menor de catorce años*”.

(iii) El tipo describe *tres* (3) conductas alternativas, frente a las cuales no se exige un resultado concreto⁷: (a) *realizar* actos sexuales diversos al acceso carnal *con* el sujeto pasivo; (b) *realizar* actos sexuales diversos al acceso carnal *en presencia* del sujeto pasivo o (c) *inducir* al sujeto pasivo a realizar prácticas sexuales.

En la primera hipótesis, el agente simplemente realiza actos sexuales sobre la parte del cuerpo de la persona menor de catorce (14) años que le excita, usualmente mediante tocamientos con objetos o diversas partes de su propio cuerpo. En el segundo escenario, sin embargo, el agente realiza los actos en su propio cuerpo o en otra persona, pero en presencia del menor de catorce años que, en este caso, es un mero espectador. Finalmente, la tercera modalidad exige que el agente simplemente instigue, convenza o persuada al menor de catorce años para que realice prácticas sexuales, ya sea sobre su propio cuerpo o con una tercera persona⁸.

Ahora bien, para la determinación de la realización objetiva del tipo es esencial definir qué se entiende por “*acto sexual*”. Tradicionalmente, la jurisprudencia de la Sala ha entendido que este concepto corresponde a todo acto distinto de la penetración⁹ dirigido a la satisfacción de los impulsos

⁷ Es decir, este corresponde a un delito de mera conducta.

⁸ SP279-2023.

⁹ Con miembro viril o con objetos.

eróticos o sexuales del agente. Esto se suele alcanzar mediante la activación de los sentidos del tacto o del gusto¹⁰, aunque también pueden estar involucrados la vista, el oído e incluso el olfato.

Las conductas suelen involucrar el tocamiento de zonas inequívocamente erógenas, tales como genitales, senos o glúteos. Sin embargo, es preciso tener presente que el tocamiento o avistamiento de estas áreas *no es necesario para la configuración del punible*, pues lo central de la conducta no es el involucramiento de zonas corporales erógenas o sensibles, sino el *fin libidinoso* del acto. Además, también es necesario tener presente que existen comportamientos de clara naturaleza erótica o sexual que no necesariamente implican el contacto con áreas específicas, como lo podrían ser los besos o las caricias, pues finalmente es la concupiscencia del actor lo que define su propia satisfacción erótica.

Por último, también es preciso tener presente que, en tanto que el comportamiento *no es de resultado*, sino de *mera conducta*, es indiferente para la realización del tipo, que el agente haya logrado saciar su apetito sexual. Se insiste, la sola acción, encaminada a ese propósito, ejecutada sobre un menor de catorce años, es objetivamente punible.

7.3.4.2. En el caso de *L.F.L.V.*, es claro que los actos a los que fue sometida por **OVIDIO ANTONIO MUÑOZ GUTIÉRREZ**

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 27 de julio de 2009, radicado 31715 y Sentencia del 24 de octubre de 2016, radicado 47640. Reiterados en SP564-2022 del 2 de marzo de 2022, radicado 56994, entre muchos otros.

comportan una naturaleza sexual evidente. No fue por una razón diversa a la satisfacción de sus impulsos libidinosos que el procesado atrajo a la menor hacia su cuerpo y la sometió a besuqueos en su cara y boca.

Debe precisarse que, a diferencia de lo que errónea y desconcertantemente concluye el juzgado de primera instancia, el impulso sexual o libidinoso no se crea con posterioridad al acto, sino que siempre es *ex ante*. **OAMG** sintió un impulso sexual hacia *L.F.L.V.* antes de cometer el acto y, en lugar de reprimirlo, le dio vuelo, al atraer a la menor hacia sí, apretarla contra su cuerpo y darle besos obligados y forzados.

Si esta conducta no está motivada por fin libidinoso, realmente la Corte no entiende cuál sería su móvil. Es esta finalidad de satisfacción erótica, se insiste, lo que permite categorizar a un determinado acto como de naturaleza "*sexual*". Si este se ejecuta sobre o en presencia de un menor de catorce años la conducta será objetivamente típica, siempre.

La defensa –y el Juzgado de Primera Instancia– se equivocan al deducir la ausencia de intención libidinosa del acusado a partir de las partes de la niña que fueron objeto de ataque o del lapso durante el que ocurrió, breve según ellos, que llevó la agresión.

El yerro es manifiesto, pues el *dolo* de realizar actos sexuales por parte del sentenciado es fácil de estructurar a

partir del relato de la menor y del análisis desapasionado de los hechos antecedentes y concomitantes.

En los antecedentes importa recordar cómo la menor rememora que el atacante, el día de los hechos, le hizo expresiones verbales de indudable contenido erótico tales como decirle que estaba *“muy linda”* o que era una *“mamacita”*. Semejantes expresiones, viniendo de un hombre de sesenta y tres (63) años a una niña de doce (12), no pueden tomarse de manera aislada, ni son palabras desprovistas de intencionalidad. En ese orden, tampoco es un hecho insular que, ese día, el procesado también haya *“agarrado por el brazo”* a la menor para forzarla a entrar a su espacio privado; acción que había preparado al negarse a recibirle a la niña las llaves a través de la ventana por la que habitualmente se le entregaban.

Fue en ese entorno creado por el acusado donde el ataque se concreta: tomarla a la fuerza y darle besos, dice la menor en su declaración, en el *“cuello, mejilla y boca”*, e incluso, sigue la niña, la asió de los pómulos para darle un beso en la boca, al tiempo que le ofrecía productos de los que él expendía, al punto que la menor le *“aceptó”* una manzana.

No es necesario que esos besos en cuello mejilla y boca le hubieren causado excitación a la menor, que es lo que parecen exigir tanto el *a quo* como la defensa; sino que, lo relevante, es que en ese contexto estimulaban la libido del atacante. Es del sujeto activo que la jurisprudencia y la doctrina han considerado el ánimo concupiscente, no de la

víctima. La connotación sexual de esos actos surge clara, cuando se observan en contexto. Los besos en el cuello de la menor en su boca y el agarrarle sus pómulos, son actos que el adulto mayor atacante realizó con evidente lascivia sobre una menor a la que había llamado “linda” y “mamacita”.

Adicionalmente, en el juicio quedó claro que el comportamiento afectó de manera dramática la psique de la menor quién, según su madre, requirió tratamiento psicológico durante varios años y le cogió miedo a los vigilantes y a la Institución Educativa “Los Fundadores”, al punto que fue necesario trasladarla a un colegio en Armenia.

La conducta, pues, es objetivamente típica, se cometió mediada por un evidente *dolo*, es *materialmente antijurídica* pues, no puede pasarse por alto que el bien jurídico protegido incluye además de la libertad e integridad sexuales, la formación sexual, que es justamente lo que afectó el aquí acusado al someter a una niña de 12 años, mediante el uso de la violencia, a soportar besos y caricias que ni ella deseaba, ni estaba preparada para recibir de un adulto de 63 años. Además, es *culpable*, pues no hay evidencia alguna que indique que **OAMG** no conocía de la ilegalidad de ese comportamiento o no hubiera podido determinarse conforme a ese conocimiento.

Finalmente, y en aras de contestar completamente los argumentos de la defensa, debe precisarse que el hecho de

que la acción del procesado hubiera sido “fugaz”¹¹ es irrelevante de cara a la comisión del acto punible. El tipo no exige un tiempo específico para su consumación y la Corte encuentra que este se podría configurar incluso en un lapso temporal inferior al que se discute en este caso.

7.3.5. Sobre el principio de *congruencia* y la garantía de *in dubio pro reo* en el caso concreto

7.3.5.1. Finalmente, en lo que concierne a la presunta afectación del principio de *congruencia*, debe decirse que la Sala no observa tal dislate, comoquiera que **OVIDIO ANTONIO MUÑOZ GUTIÉRREZ** fue condenado por los mismos hechos y el mismo delito por el que fue imputado y acusado.

Al respecto, debe precisarse que, a pesar de que en el escrito de acusación se indicó que el procesado realizó tocamiento libidinosos en las parte íntimas de la menor –cosa que, en efecto, no fue demostrada– lo cierto es que allí también se indica que él le dio besos dotados de ese mismo carácter, incluso en la boca¹², cosa que sí fue comprobada. Como se precisó, tales besos, por estar atravesados de una clara intención de naturaleza erótica o sexual, configuran, en sí mismos, el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*; reato que es, precisamente, aquel por el que fue acusado **OAMG**.

¹¹ Si realmente se puede calificar así al sometimiento de una menor de doce (12) años a besos, caricias y abrazos forzados durante treinta (30) segundos; tiempo que no parece ser poco de cara a la gravedad del acto.

¹² Textualmente, en el escrito de acusación se indica que: “(...) Ovidio Antonio (...) quién realizó tocamientos libidinosos en las partes íntimas **e incluso le dio besos en la boca** a la estudiante L.F.L.V. (...)”.

7.3.5.2. En cuanto al *in dubio pro reo*, debe decirse que tal garantía tampoco se vulnera, comoquiera que en el proceso quedó establecido, “*más allá de toda duda*”, que el procesado, en efecto, le dio besos libidinosos a *L.F.V.L.*, lo que configura objetivamente el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, como viene de explicarse.

Lo anterior, máxime cuando, como se indicó, esta versión fue corroborada por numerosos testimonios y la defensa no logró proponer una hipótesis alternativa efectiva, que lograra sembrar una *duda razonable* sobre la acusación de la Fiscalía.

7.4. Frente al lenguaje utilizado por la primera instancia

Por último, considera la Sala pertinente hacerle un llamado de atención al Juzgado Penal del Circuito de Riosucio; autoridad que calificó la grave acción de **OAMG** como una “*gamberrada*” y que justificó bajo “*las pautas culturales de la comunidad e incluso de la propia víctima*”.

Al respecto, la Corte debe decir que no existen –ni deben existir– pautas culturales aceptables que permitan justificar un ataque sexual a una niña de doce (12) por parte de un hombre maduro, como lo es el procesado. Ninguna práctica cultural, real o inventada, hace legal una acción así, y es

profundamente ofensivo achacarle tal forma de pensar incluso a la propia víctima.

Lo que observa la Sala es que, una vez más, en esta sentencia se evidencia el *sesgo machista* del titular del Juzgado Penal del Circuito de Riosucio; sesgo que, como ha explicado esta Corporación en diversas ocasiones, no tiene cabida en la resolución de problemáticas de naturaleza judicial.

La Corte aprovecha esta oportunidad para, una vez más, invitar a los funcionarios judiciales a aproximarse a los casos que lleguen a su conocimiento desde una *perspectiva de género*, que pasa por reconocer y hacer visible la violencia estructural a la que se han visto sometida las mujeres desde tiempos inmemoriales. Apelar a las “*pautas culturales de la comunidad e incluso de la propia víctima*” como argumento para justificar un ataque sexual cometido en contra de una mujer o niña es una clara perpetuación de esa violencia.

Los funcionarios judiciales deben hacer un esfuerzo por identificar estos sesgos, de manera que puedan resolver los casos, precisamente, con *perspectiva de género*. Esto, con la finalidad de dignificar a las mujeres víctimas de violencias basadas en género y con el propósito de prestar un servicio de administración de justicia más amplio, que tenga implicaciones materiales y no meramente formales.

7.5. Conclusiones

Vistas las consideraciones previas, la Sala considera apropiado formular las siguientes conclusiones, a modo de resolución del problema jurídico propuesto

7.4.1. El testimonio de *L.F.L.V.* es creíble, pues es coherente y claro y se corresponde con el relato discutido a partir de las narraciones de todos los otros testigos que la Fiscalía trajo a juicio.

A partir de ahí, se puede construir una historia en la que la menor figura como una *víctima* del actuar osado y desvergonzado de **OVIDIO ANTONIO MUÑOZ GUTIÉRREZ**, quién la sometió a abrazos y besos no consentidos, ya sea en la cara o, incluso, en la boca. Igualmente, del relato se evidencia con claridad que la finalidad del procesado con ese comportamiento era satisfacer sus impulsos sexuales.

7.4.2. Este comportamiento, en tanto que estuvo mediado por una clara y evidente finalidad libidinosa, se adecúa objetivamente al delito de *actos sexuales con menor de catorce años*. Además, se cometió con *dolo*, es *materialmente antijurídico* y es *culpable*.

7.4.3. La anterior conclusión no afecta el principio de *congruencia* ni la garantía del *in dubio pro reo*, pues lo demostrado en juicio se adecúa a aquello por lo que el procesado fue acusado y su ocurrencia se demostró "*más allá de toda duda razonable*".

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia impugnada, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por medio de la cual *condenó* a **OVIDIO ANTONIO MUÑOZ GUTIÉRREZ** como autor responsable del delito de *actos sexuales con menor de catorce años* en calidad de *autor*.

2. REMITIR las diligencias al Tribunal de origen.

3. Contra este fallo no procede ningún recurso.

Notifíquese y Cúmplase.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente de la Sala



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO

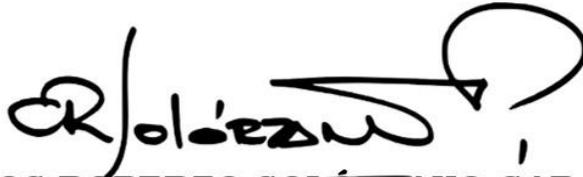


JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO



HUGO QUINTERO BERNATE

CUI: 17614600004220130067301
Número interno 57138
Impugnación Especial
OVIDIO ANTONIO MUÑOZ GUTIÉRREZ



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo establecido en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: B65AC4725143ADE74158A3FEAD5A2AFA5860AFAB3CBF4449724680E41E7E56CC
Documento generado en 2024-12-06

Sala Casación Penal@ 2024