



## **SALA PENAL**

*Medellín, martes quince (15) de marzo de dos mil veintidós (2022)*

*Aprobado en la fecha, acta Nro. 41*

*Sentencia de segunda instancia Nro. 9*

*Radicado No. 05-001-60-00206-2021-00415*

*Delito: Acto sexual con menor de 14 años*

*Acusado: Nelson Duván Zapata Gómez*

*Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello*

*Lectura: jueves 17 de marzo de 2022. Hora: 08:15 a.m.*

*Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de NELSON DUVÁN ZAPATA GÓMEZ, contra el fallo proferido el 20 de enero de 2022 por el Juez Doce Penal del Circuito de Medellín, quien tras el juicio oral adelantado en contra del prenombrado lo encontró responsable del delito de acto sexual con menor de 14 años condenándolo a una pena de prisión de nueve años.*

### **EPÍTOME FÁCTICO**

*Los enunciados fácticos objeto de investigación que fueron dados a conocer por la Fiscalía en la acusación ocurrieron en horas de la tarde del 10 de enero del año 2021, específicamente en el inmueble identificado con la nomenclatura calle 53 Nro. 16-30 del barrio Villa Tina de la ciudad de Medellín, en donde NELSON DUVÁN ZAPATA GÓMEZ, aprovechando que era vecino y amigo de la familia del menor de 12 años J.S.P.A. <sup>1</sup>, y que junto a su madre el niño se*

---

<sup>1</sup> En procura de la protección de la intimidad del menor de edad víctima en el caso de autos solo se utilizarán las iniciales de sus nombres y apellidos; lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en los art. 33, 192 y 193.7 de la ley 1098/06, actual Código de Infancia y Adolescencia.

encontraba de visita en la casa de la abuela materna, aprovechando para presentarse en este hogar e invitarlos a comer helados, luego aceptó la invitación que a su vez le hiciera la progenitora del niño para presentarse en el inmueble familiar e inducir al pequeño a sostener prácticas sexuales ofreciéndole dinero, consistentes en dejarse tocar las orejas, tetillas y la zona abdominal, mientras bajaba su mano hasta introducirla por debajo de la pantaloneta y su ropa interior alcanzando a tocarle los testículos, quien reaccionó de inmediato y retiró la mano de su ofensor para dirigirse a la segunda planta de la vivienda en donde se encontraba su madre y su abuela, en donde esperó a que el varón se retirara del inmueble para develarle lo que había pasado a sus consanguíneas.

Finalmente, la madre del menor se contactó telefónicamente con el agresor y lo instó para que se presentara de nuevo en la casa y explicara lo sucedido, siendo capturado por agentes de la policía que acudieron al sitio y lo encontraron golpeado en el rostro por algunos vecinos del sector, quienes habrían escuchado cuando la madre de la víctima le reclamaba afuera de la vivienda y confrontaba al adulto por los hechos.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

1. El 11 de enero de 2021 ante la Jueza Treinta y Uno Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías la Fiscalía legalizó la captura del ciudadano NELSON DUVÁN ZAPATA GÓMEZ, formulándole imputación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, previsto en el art. 209 del C. Penal, en calidad de autor y sin allanamiento a cargos. A petición del ente persecutor se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

En este punto se destaca que al formular la imputación el Fiscal adujo lo siguiente, concretamente frente al apartado fáctico: "... empezó a hacerle un gesto con la boca, pasando el labio superior sobre el inferior, luego empezó a tocarle la oreja con la mano, luego... empezó a bajar la mano, tocándolo en la tetilla, apretándola,... igualmente el menor le dijo que no le hiciera eso y se cambió de mueble, Nelson Duván lo empezó a llamar, J.S. le dijo que no, entonces Nelson Duván se le acercó, comenzó a tocarle el pecho, el cuello e

*intentó meter su mano en su pene, J.S. reaccionó le quitó la mano y se fue para donde su mamá... usted sabía que inducir, tocar de manera libidinosa a un menor era delito, contrario a la ley y quiso hacerlo...<sup>2</sup>.*

*2. El 9 de abril de 2021 le correspondió por reparto al Juez Doce Penal del Circuito de Medellín el conocimiento del escrito de acusación que presentó el ente persecutor sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica, reiterando los cargos en la verbalización de la acusación surtida el 4 de mayo de 2021. Por su parte la audiencia preparatoria del juicio oral se realizó el 2 de junio de 2021 y la audiencia de juicio propiamente dicho inició el 26 de julio de la misma anualidad, emitiendo el a quo sentido de fallo condenatorio el 20 de enero de 2022 tras el debate probatorio y escuchar las alegaciones finales, cuya lectura se efectuó en la misma calenda, determinando el juez que el procesado debía continuar detenido para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en primera instancia.*

*3. La anterior decisión dejó inconforme a la defensa técnica del condenado, interponiendo el letrado el recurso vertical de apelación que sustentado de manera oral dentro de la audiencia de lectura de sentencia abre las puertas a la competencia de esta Sala para conocer el asunto en su fondo.*

### **LA DECISIÓN IMPUGNADA**

*Hechas algunas precisiones iniciales y ubicado en la prueba debatida en juicio, refiere el funcionario de primer grado que la víctima de este caso informó en juicio que el acusado comenzó a tocarle las tetillas, le estrujó el vientre y le mandó las manos a los testículos, mientras se encontraba sentado en la sala de la casa de su abuela en pantaloneta, chanclas y sin camisa, y jugaba con su teléfono celular, aprovechando el agresor para sentarse a su lado mientras su progenitora se encontraba en la segunda planta de la casa en compañía de su abuela mientras bañaban a sus hermanitos, y la bisabuela se encontraba sentada en otro mueble mirando para afuera de la casa, sin que se sepa si esta alcanzó a observar lo ocurrido ya que no fue traída al juicio.*

---

<sup>2</sup> Cfr. minuto 00:34:35 al 00:36:42 del audio de registro de la audiencia de formulación de imputación del 11 de enero del 2021.

*Específicamente con la mano derecha aquel hombre le habría tocado una tetilla, luego la otra, y finalmente alcanzó sus testículos al introducir su mano en la pantaloneta que el menor lucía la calenda de los hechos escrutados, noticiando el ofendido que el adulto le habría ofrecido dinero para que se dejara tocar y finalmente la propia víctima le retiró la mano al varón al sentir que este pretendía lograr la zona erógena.*

*En dicho contexto no puede entenderse como una contradicción el que dijera que le tocó los testículos y que finalmente alcanzó a retirar la mano de su agresor cuando sintió que la metía dentro de la pantaloneta. Acto seguido dio a conocer que sintió miedo y subió a encontrarse con su madre. Se trata de un niño de 12 años al que no se le puede exigir precisión a la hora de utilizar las palabras, aunado a que no se observa motivo para una falsa incriminación, y a que era la primera vez que veía al acusado, mientras que, entre la madre del menor, la abuela y la bisabuela, existía una amistad de vieja data con el procesado.*

*En este mismo sentido estima que no es argumento suficiente para no conferirle crédito a la declaración del menor, el que al médico que lo valoró le hubiera dicho que los tocamientos ocurrieron por encima de la ropa, siendo lo relevante la persistencia de la incriminación la cual permanecería incólume incluso si los actos se hubieran producido por encima de la ropa, pues aunque leve, en todo caso se trató de actos de satisfacción del instinto genésico, dando a conocer además el niño en juicio que el adulto lo perseguía y le guiñaba el ojo.*

*Por su parte la madre de la víctima, si bien no es testigo directo de las vejaciones sexuales, dio a conocer que observó al niño raro e indiferente, luego que el acusado salió de la casa en horas del mediodía, y pensativo, aburrido, cabizbajo, cuando este regresó a eso de las cuatro de la tarde aquella calenda y se mostraba detrás del menor, pues se había ofrecido a hacer unas empanadas con la familia, a lo que se suma que le habría dicho a la fémina que el niño estaba muy grande y “pinta”, lo que suma en razones para descartar que los tocamientos fueran un asunto episódico, fugaz, repentino, momentáneo, que pueda ser catalogado como una injuria por vías de hecho, develando el niño a su madre entre lágrimas que esta persona lo había tocado.*

*De otro lado la madre del niño y la abuela de este coinciden en la ubicación del acusado, la bisabuela y la víctima para el momento de los hechos, refiriendo la primera que la octogenaria sufre de Alzheimer, soporta un alto deterioro físico, casi no escucha ni ve, coincidiendo igualmente en los cambios comportamentales que han observado con posterioridad a los hechos en el menor, al punto que se volvió grosero, no las respeta, tiene mal rendimiento académico, intentó colgarse del cuello en el colegio e ingirió veneno aduciendo que el adulto le había dañado la inocencia, corroborando sus dichos algunos aspectos develados por el propio ofendido en este caso.*

### **DEL RECURSO DE APELACIÓN**

*Escuchado lo expuesto por el defensor del acusado en la audiencia de lectura de fallo, observa la Sala que inicialmente este sostiene que en ninguna parte del escrito de acusación se dice que su prohijado haya tocado las partes íntimas del menor de edad, por lo que en su criterio el fallo adolece de congruencia ya que se descartó totalmente la modalidad de tocamiento, aunado a que con el ejercicio de impugnación de credibilidad del menor quedó claro que el procesado no le tocó sus partes íntimas y la Fiscalía en sus alegatos señaló que si bien el procesado no tocó al menor si lo indujo.*

*Así las cosas, no se logra entender la modalidad por la que se condena a su patrocinado, pues desde la acusación se habla de inducción y no de tocamientos, esto es, de acciones totalmente diferentes, a lo que se suma que el menor le narró al médico que lo valoró por este caso que el inculcado solo le habría tocado el pecho por encima de la camiseta, meses después se dice que el niño estaba sin camisa al momento de los hechos.*

*La postulada víctima, su progenitora y la abuela dan a conocer que la bisabuela se encontraba en un mueble al lado del niño, por lo que este nunca estuvo a solas con el acusado, tal y como lo develan igualmente las imágenes recolectadas por el investigador de la defensa, preguntándose el censor si será este un sitio propicio para realizar un acto libidinoso con un menor de edad, aunado a que según lo narrado por este, el procesado lo habría asediado en dicho recinto, destacando que quedó aquilatado igualmente en juicio que la bisabuela tiene pleno uso de sus sentidos, no tiene problemas mentales, se*

*desplaza por toda la casa, se comunica, escucha, ve, y en general es plenamente consciente de las cosas, de ahí que podía haber percibido el evento que se dice sucedió a escasa distancia de donde estaba sentada, por lo que llama la atención que no se haya enterado de nada.*

*En esta dirección sostiene que entre lo dicho por el menor y la abuela materna surge una contradicción pues este dijo que subió al segundo piso luego de retirar la mano del acusado, mientras que la testigo refiere que al bajar los encontró en la misma posición en la que los había dejado, sentados en el mismo sillón.*

*De otro lado, sostiene el impugnante, genera suspicacias que el menor no le informara aquella tarde a su progenitora que el adulto le habría ofrecido dinero, siendo esta la que terminó haciendo alusión a dicho aspecto al presentar la denuncia de los hechos, sin exponer finalmente el niño que había sido tocado por el adulto, por lo que la Fiscalía terminó formulando cargos por inducción y no por tocamientos.*

*Precisamente el menor no indicó el monto de dinero que le ofreció el acusado ni la forma en que lo hizo, alegando el censor que el dinero no se ofrece en abstracto, y menos cuando se persiguen fines como el que aquí se le endilga al procesado, criticando el letrado la forma sorpresiva en que el testigo dio a conocer dicho aspecto por lo que en su criterio miente, mediante un comportamiento que no es el de una persona que expone unos hechos de forma creíble y sin faltar a la verdad en aspectos sustanciales.*

*Critica igualmente el censor el que el a quo le haya conferido credibilidad a los testimonios que aluden a intentos de suicidio de parte de la postulada víctima que no cuenta con sustento y frente a los que surgen contradicciones, sospechas y escenarios inverosímiles. En este sentido se escuchó decir a la progenitora inicialmente que su prole habría ingerido pastillas para matar ratones que tenía en un tarro de la finca en donde viven, luego morigeró el asunto tratando de aclarar que solo tomó dos pastillas, sin que se cuente además con registro médico que dé cuenta del evento; tampoco se trajo a juicio a un profesional en psicología que ilustrara al despacho sobre el cuadro depresivo que el menor venía presentando con anterioridad a los hechos aquí*

*ventilados, ni al maestro para dar a conocer el presunto intento de suicidio en la institución educativa mediante la modalidad de intento de ahorcamiento.*

*En definitiva, estima que no se acreditó que el menor haya soportado daños con posterioridad a los eventos aquí investigados, criticando que el menor de edad no le haya informado al médico ni a los agentes captores sobre los presuntos tocamientos, o que la Fiscalía no formulara acusación por una modalidad de tocamiento directo, en un caso en el que se está mintiendo sobre aspectos medulares como lo son el tocamiento y la inducción, insistiendo el togado en que el comportamiento de los testigos durante el juicio no fue el mejor, concretamente al menor de edad se le llamó la atención por posibles interferencias de terceros durante su testimonio rendido de manera virtual, dando a entender además que ya conocía al acusado, todo lo cual genera duda probatoria que debe resolverse a favor de su prohijado mediante fallo absolutorio.*

### **INTERVENCIÓN COMO NO RECURRENTES**

*1. Concedido el uso de la palabra la delegada fiscal solicita que se confirme la decisión de condena, estimando que de parte de la defensa no puede referirse a testimonios que no fueron escuchados en juicio como el de la bisabuela de la víctima, del cual el ente persecutor desistió en atención al estado de salud de la octogenaria, aunado a que considera que el a quo respetó en este caso el principio de congruencia, en un proceso en el que el menor fue claro en referir que existieron tocamientos en su contra por parte del acusado, pese a que la Fiscalía haya acusado por la modalidad de abuso sexual en modalidad de inducción, aprovechando este que quedó a solas con la víctima y la bisabuela del niño para cometer el delito, a sabiendas de las condiciones de la fémina, asegurando la delegada que en verdad existió un ofrecimiento de dinero para que el pequeño accediera a que continuaran los tocamientos, y que este finalmente huyó del sitio y se dirigió al lugar en que se encontraba su madre, y que la primera instancia atina a la hora de tipificar la conducta como lo hizo, esto es, conforme al art. 209 del C. Penal por el que la Fiscalía acusó y solicitó condena.*

*En este orden considera que el menor en juicio dejó claro que fue objeto de tocamientos, no se lo puede criticar porque durante su testimonio no digan lo que la parte espera escuchar. No se contradijo en aspectos sustanciales y por el contrario se reiteró en aspectos esenciales, estimando que el dolo directo con que actuó el agente en este caso está presente, no se probó que exista animadversión, ni es verdad que el niño mintiera en juicio. En su criterio el a quo no se equivocó en la valoración de la prueba ni en la ubicación del tipo penal, negando que exista trasgresión del principio de congruencia en el fallo.*

*2. A su turno la apodera de la víctima manifiesta que se encuentra de acuerdo con los argumentos expuestos por la delegada de la Fiscalía, solicitando en consecuencia que se confirme la decisión recurrida por la defensa, a lo que se suma que las manifestaciones de suicidio, entre otras, fueron desechadas por la defensa sin tener en cuenta lo realmente debatido en juicio.*

*3. Finalmente el señor representante del Ministerio Público solicita que se confirme la decisión de primera instancia, estimando que el a quo analizó de forma coherente la prueba debatida en juicio, por su parte la defensa repara el hecho de una posible incongruencia entre la acusación y la sentencia, señalando que se acusó por inducción a prácticas sexuales, más en su sentir no se afectó el núcleo fáctico sobre el cual se fundó la acusación y con base en el cual se solicitó condena y se profirió fallo, aludiéndose en el relato de los hechos a los tocamientos, lo que sucede es que simplemente y de manera genérica se hizo alusión a una inducción que llevó a unos tocamientos.*

*De otro lado, considera que encontrándonos en un sistema de partes la defensa tuvo la posibilidad de solicitar el testimonio de la bisabuela de la víctima, pese a ello no lo hizo, por lo que el dossier de este caso solo conto con un solo testigo directo de los hechos, a saber, la víctima, cuyo testimonio debe ser evaluado bajo especiales derroteros en razón de su edad y formación, tal como lo enseña la jurisprudencia, siendo coherente en lo esencial de su dicho, esto es, sobre los actos que sobre él realizó el acusado, sin observar ánimo de retaliación por parte del deponente o sus parientes.*

*Puede haber algunas imprecisiones o inconsistencias en su relato, más considera que no tienen la entidad de contradicciones sustanciales, siendo*



*persistente en lo fundamental, esto es, en cuanto a la existencia de los tocamientos. La diferencia en este caso es que una cosa es que los hechos no existan y otras que la bisabuela no los haya observado o percibido directamente.*

*Lo único que se pudo demostrar con el medio ilustrativo suministrado por la defensa es la ubicación del lugar de los hechos, más no la ubicación exacta de la octogenaria al momento del evento aquí investigado, quien en últimas no declaró en juicio. Lo único que a ciencia cierta se sabría es que la anciana mujer no se percató de nada, mientras que los señalamientos, las declaraciones, la prueba periférica practicada en el juicio permiten concluir que no habría motivo para poner en tela de juicio el testimonio de la víctima, estimando en consecuencia acertada la decisión condenatoria emitida en este concreto caso por el delito del art. 209 de la ley 599/00.*

### **CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER**

*En esta oportunidad debe señalar la Sala que en razón a que la sentencia apelada fue emitida por el Juez Doce Penal del Circuito de Medellín, el cual se encuentra adscrito al Distrito Judicial de Medellín, de conformidad con lo señalado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, le asiste competencia a este cuerpo colegiado para conocer el asunto sometido a estudio, así como los que surjan inescindibles al tema objeto de impugnación, habida cuenta que estamos en un sistema con características de justicia rogada.*

*Huelga significar, de un lado, que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, art. 31 Superior y 20 de ley 906/04, respectivamente, no se puede agravar la situación del acusado por cuanto su defensa actúa como único apelante. De otro, que en la presente actuación concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se avizore la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado.*

*En orden metodológico, con miras a resolver los problemas jurídicos que se le plantean a la Sala en esta oportunidad, y según se desprende de los motivos del disenso, es preciso que este cuerpo colegiado aclare inicialmente lo que*

*tiene que ver con la congruencia en materia penal, para ocuparse a continuación en verificar si la prueba debatida en juicio demuestra más allá de toda duda, esto es, en grado de certeza, que el acusado desarrolló conductas constitutivas del delito de acto sexual con menor de 14 años, tal como lo concluyera el juez de primera instancia acogiendo así la petición final de condena elevada por la Fiscalía, o, si tal como lo sostiene la defensa del procesado, emerge duda probatoria que demanda la absolución de su patrocinado.*

*En conclusión, este cuerpo colegiado debe pronunciarse de fondo sobre la presunción de acierto y legalidad de la decisión criticada por el impugnante, aplicándose en el ponderado análisis del recaudo probatorio debatido en la vista pública, consignando los motivos para adoptar una u otra salida jurídica, cumpliendo así con la carga que impone el numeral 4° del art. 162 de la ley 906/04 que señala que las sentencias deben contener las razones de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas y practicadas en el juicio oral.*

*Como prolegómeno entonces a la discusión de fondo es preciso señalar que, “La congruencia, garantía con asiento en el debido proceso constitucional (canon 29 Superior), se orienta a, que el inculpado sólo pueda ser condenado por los cargos materia de acusación, toda vez que ellos, en la medida que delimitan el objeto de debate en juicio, a la hora de fallar, evita novedosas y sorpresivas imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer los derechos de defensa y contradicción (Cfr. CSJ SP6613-2014, 26 may. 2014, rad. 43388 y CSJ SP15528-2016, 26 oct. 2016, rad. 40383).”*

*Como clara desarrollo de la norma constitucional, la previsión legal del precitado postulado, art. 448 de la ley 906/04, consiste en que, “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena”, por lo que se ha considerado que el mismo pretende, entre otros fines, que el procesado pueda ejercer efectivamente su defensa, atendido que solo puede ser condenado por*

*los hechos contenidos en la acusación sin ser sorprendido con imputaciones frente a las cuales no tuvo la oportunidad de defenderse.”<sup>3</sup>*

*A su vez los elementos necesarios para entender que existe congruencia entre la acusación y la sentencia son bien sabidos, y se contraen a la identidad de sujetos, identidad entre los hechos de la acusación y el fallo, correspondencia de la calificación jurídica, salvo que opere en su modalidad relativa.*

*Precisamente en el último sentido advertido y en la decisión en cita, el tribunal de cierre es claro en cuanto a que, “De igual forma, se ha precisado, como el mismo recurrente lo destaca con base en un antecedente jurisprudencial de la Sala, que la **imputación fáctica no puede ser objeto de modificación sustancial** a lo largo del proceso, por lo que su núcleo central debe ser mantenido desde la formulación de imputación hasta la sentencia; mientras que en relación con la **imputación jurídica**, la Corte ha establecido que la misma es **flexible**, por lo tanto, no se lesiona el principio de congruencia cuando el juez se aleja **jurídicamente** del contenido de la acusación y emite sentencia de condena por un reato diverso al allí imputado...”*

*En vista de lo anterior, resulta pertinente recalcar que, “La congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como garantía en cuanto a que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico-jurídico, que sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como una atadura irreductible, merced a lo cual el ente investigador puede solicitar condena por un delito diverso al formulado en la acusación siempre que la nueva tipicidad guarde identidad con el núcleo básico y que no implique desmedro de la situación del encausado.”<sup>4</sup>*

*En este mismo sentido, “Todo lo anterior para significar que la congruencia no es un concepto estricto o rígido, sino flexible, por tanto, puede el fallador desviarse jurídicamente del contenido de los cargos en la acusación y condenar por un punible diverso al imputado, sin que se pregone el*

---

<sup>3</sup> CSJ, SP. Sentencia del 2 de diciembre del 2020, Rdo. SP4769-2020, 56.603, M. P. Gerson Chaverra Castro.

<sup>4</sup> CSJ, SP. Auto del 22 de mayo del 2019, Rdo. AP1898-2019, 52.947, M. P. Eugenio Fernández Carlier.

quebrantamiento de dicho principio” (Cfr. CSJ SP792-2019, 13 de mar. 2019, 52.370, M. P. Jaime Humberto Moreno Acero).

De manera que de vieja data el alto tribunal tiene decantado una fuerte línea de pensamiento según la cual, “... cuando de manera excepcional el juez pretendiera apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, era necesario que respetara los hechos, se tratara de un delito del mismo género y que el cambio de calificación jurídica se orientara hacia una conducta punible de menor o **igual entidad** (...) (CSJ SP13938-2014, rad. 41.253)”<sup>5</sup> (Negrilla de la Sala).

Como puede colegirse fácilmente frente a este primer apartado de la censura, no ofrece dificultad concluir que en el caso de la especie la condena por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años consistente en actos sexuales diversos al acceso carnal, art. 209 del C. Penal, no solo implica idéntica previsión punitiva a la que conlleva proceder por la modalidad consistente en inducir de que trata la segunda parte del referido tipo penal, sino que se observa cómo desde la imputación fáctica se hizo referencia a los actos sexuales consistentes en tocamientos por parte del aquí sub iudice, lo cual permite concluir a la Sala que, “habiéndose garantizado la intangibilidad del núcleo fáctico de la imputación y, por ende, la oportunidad de defensa, queda descartada la denunciada trasgresión del principio de congruencia”.<sup>6</sup>

Refrenda lo dicho que en criterio de este cuerpo colegiado no puede ahora la defensa del procesado alegar válidamente que resultó sorprendido y su estrategia defensiva no tuvo oportunidad frente a novedosas imputaciones fácticas que modificaran el núcleo de los hechos, siendo consciente que desde los albores del proceso y con independencia de la calificación jurídica de la conducta desplegada por su patrocinado, a este se le puso de presente en el apartado de los hechos que había tocado indebidamente y con finalidades erótico sexuales al menor de edad.

---

<sup>5</sup> CSJ, SP. Sentencia del 1° de noviembre del 2017, radicado SP18091-2017, 49.186, M. P. Éyder Patiño Cabrera.

<sup>6</sup> CSJ, SP. Sentencia del 7 de febrero del 2018, Rdo. SP107-2018, 49.799, M. P. Fernando León Bolaños Palacios.

Lo que sucede es que tal como lo expuso el representante del Ministerio Público, en la descripción de los hechos que nos convocan se hizo alusión a cierta inducción de manera genérica, y durante la práctica probatorio el testigo ofreció mayores detalles sobre la manera en que puntualmente se desarrollaron los actos sexuales, dejando claro que su agresor alcanzó finalmente a tocarle la zona del periné, es decir, donde se encuentra ubicados los testículos y el escroto. sin que observe la Sala en dicha descripción del acontecer factual una variación sustancial del sustrato fáctico endilgado al acusado, que se insiste, es el que no puede sufrir modificaciones durante las diferentes fases o etapas del juicio, a lo que se suma que no llama a duda que precisamente parte de la estrategia esgrimida desde la orilla defensiva en este puntual caso se dirigió a tratar de contrarrestar dicho apartado de la acusación.

Despejado así lo que atañe al postulado de la congruencia en el caso de autos, y como acostumbra la Sala al analizar este tipo de procesos de connotación sexual que involucran a menores de edad, consideramos oportuno ocuparnos a continuación en realizar unas breves consideraciones sobre la conducta acriminada bajo el nomen iuris de actos sexuales con menor de 14 años del art. 209 del C. Penal, mediante la cual el legislador pretende proteger a las niñas, niños y adolescentes, tanto de la violencia que pueda afectar su integridad o formación sexual, como del simple abuso al que pueden ser sometidos por su inferioridad o incapacidad para determinarse en asuntos de naturaleza sexual, de forma que se presume que quien no ha superado los 14 años no tiene la capacidad de auto- determinarse, de disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales, estructurándose así una **–presunción iuris et de iure-** al respecto.

Tal falta de autodeterminación la presume el legislador en personas menores de 14 años, tal como se desprende del contenido del artículo 209 del Código Penal. Modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008 que a su letra reza.

“Artículo 209. Actos sexuales con menor de 14 años. Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. 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”.

*Según la doctrina el mencionado canon 209 de la obra sustantiva tutela el bien jurídico: "... de la formación e integridad sexual, por medio de la cual se pretende tutelar al menor de 14 años, para que tenga un desarrollo sin ningún tipo de interferencia que pueda alterarlo, ya que es una persona que se encuentra en desarrollo en las etapas intelectivas, volitiva y afectiva que le impide ejercer el derecho a disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales".<sup>7</sup>*

*En la misma línea de pensamiento la CSJ, Sala de Casación Penal, en sentencia 13.466 del 26 de septiembre de 2000 indicó: "... Hasta los 14 años el menor de edad debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política estatal de preservarle en el desarrollo de su sexualidad".*

*Como puede verse, la minoría de edad –para el caso menos de 14 años- se erige en un elemento normativo y definitorio del referido modelo comportamental, en otras palabras, se exige una connotación especial en el sujeto pasivo de la criminalidad, siendo el niño, niña o adolescente el titular de los plurales bienes jurídicos que se pretenden proteger, a saber, la integridad y formación sexual, consagrados expresamente en el Título IV de la Parte Especial del C. Penal.*

*De ahí que exista consenso en cuanto a que cualquier interferencia en el normal desarrollo psicológico, físico, y sexual por medio de maniobras libidinosas o acciones constitutivas de actos sexuales, afectan directamente y menoscaba los referidos bienes jurídicos, pues como se dijo, al igual que la persona que padece trastorno mental o el individuo que se encuentra en estado de inconciencia o indefensión, el menor de 14 años no puede ejercer libremente una libertad que no tiene, destacando la Sala en este punto que es irrefutable que para la fecha en que el menor habría soportado las vejaciones sexuales a manos del aquí sub iudice, al igual que para la época en que fue objeto de valoración sexológica por parte de los profesionales de la salud, no superaba el mencionado rango de edad o desarrollo etario.*

---

<sup>7</sup> Universidad Externado de Colombia, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Segunda Edición, Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, William Torres Tópaga, pág. 883.

*En términos generales la Corte sigue la línea según la cual: "... Hasta los 14 años el menor de edad debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política estatal de preservarle en el desarrollo de su sexualidad"*<sup>8</sup>.

*En fin, huelga señalar que para la configuración de esta clase de delitos contra niños y niñas que no superen los catorce años no se exige que el sujeto pasivo de la criminalidad despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido, actos materiales de defensa frente a la agresión sexual; tampoco resulta decisivo para la estructuración de la conducta típica si ofrece o no su consentimiento, pues como se dijo en apartados anteriores, el menor no puede hacer uso de una libertad que no posee, y que para el caso se contrae a disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales.*

*Sobre el bien jurídico protegido, con criterio de autoridad el órgano de cierre en materia penal tiene decantado que: "... es la libertad, integridad y formación sexual, reprimiéndose las conductas que violentan el ámbito de la autodeterminación en la vida sexual de las personas que cuentan con la libertad de sostener o de realizar una relación sexual, o quienes no cuentan con la edad suficiente para comprender aquel acto de contenido sexual, protegiendo así a unos y a otros de toda forma de agresión sexual no consentida o que atentan contra la formación de la víctima. Así es el bien jurídico tutelado de la libertad y dignidad sexual de la persona, tanto de la mujer como del varón, entendiéndose que esa aplicación se ajusta a un Estado Social de Derecho al que es consustancial de todos la igualdad ante la ley y también para reflejar debidamente la realidad de que la mujer no es un mero sujeto pasivo en el orden sexual, sino que posee idéntica capacidad de iniciativa que el hombre"*<sup>9</sup>.

*Siguiendo esta línea de pensamiento, estima la Sala que no reviste mayor complejidad entonces entender que el modelo comportamental bajo escrutinio contempla dos elementos estructurales. A saber: que el sujeto pasivo sea menor de catorce años y que se materialicen acciones vejatorias constitutivas de actos sexuales diversos al acceso carnal.*

---

<sup>8</sup> CSJ, SP. sentencia 13.466 del 26 de septiembre de 2000.

<sup>9</sup> CSJ, SP. AP204-2015, Radicación 43648 (Aprobado acta número 11) del 21 de enero de 2015, M. P. Eugenio Fernández Carlier.

*Cabe relieves igualmente que tomando como punto de comparación el acceso carnal, la doctrina define los actos sexuales como "... aquellos que buscan la satisfacción de las necesidades sexuales, o liberación de la libido (energía sexual), sin penetración o introducción del miembro viril"<sup>10</sup>.*

*En la misma dirección, pero de forma más amplia: "Pese a que la ley penal los define en negativo, (lo que no constituye acceso carnal), el "acto sexual" sería toda manifestación exteriorizada por un agente, consistente en el despliegue de conductas que tengan la idoneidad de activar la libido, tanto en quien las realiza como en quien las recibe. Dichas conductas pueden ser "tocamientos" a zonas pudendas o de intimidad sexual; a zonas erógenas (distintas a la sexual pero que tienen la opción de operarla) y "acciones" de tal naturaleza y manifestación de las cuales se pueda deducir contenido libidinoso."<sup>11</sup>*

*Mientras que en decisión del 12 de agosto del 2020, rad. SP2894-2020, 52.024, M. P. Patricia Salazar Cuéllar, reiterando la línea de vieja data consolidada sobre el asunto, se ocupó el alto tribunal en definir aquello que se entiende por acto sexual como sigue:*

*"Es decir, como ya lo ha explicado la Sala, una actividad humana es de naturaleza sexual cuando, es sus aspectos objetivo y subjetivo, se dirige a excitar o satisfacer la lujuria o los impulsos libidinosos, lo cual se logra a través de los sentidos, principalmente del gusto y del tacto, pero también con participación de sensaciones visuales, olfativas y auditivas, que sin dudarle intervienen en tal tipo de interacción humana, tendiente a la realización del coito, pero que de ninguna manera se agota en él-*

*Conforme a esa explicación, para que una conducta humana constituya un acto sexual, no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario también que aquella revista aptitud o idoneidad, según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana, para alcanzar esa finalidad.  
(...)*

*En resumen, los **actos sexuales** con relevancia típica son todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sea idóneo para conseguir este propósito. En consecuencia,*

---

<sup>10</sup>ARBOLEDA VALLEJO, Mario, RUÍZ SALAZAR, José Armando, Manual de Derecho Penal Especial, Décimo Tercera edición, UniAcademia Leyer, Bogotá-Colombia, 2016, pág. 286.

<sup>11</sup>BERMEO TORRES, Genaro, CASTRO CASTRO, Kenny Johan, CASTRO, Marín, Delitos Sexuales y sus particularidades, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín-Colombia, 2018, pág. 18, 19.



*actividades cuya connotación sexual obedezca predominantemente, a las solas fantasías, impulsos o trastornos de su ejecutor, o que según las “pautas culturales de la comunidad” no tengan esa naturaleza de modo inequívoco, no constituyen actos sexuales para efectos de la aplicación de la segunda conducta alternativa descrita en el artículo 209 del C. P., menos aun cuando la ilicitud de esta deriva de la sola percepción del acto por un menor. Por si fuera poco, esta postura es la que mejor se acompasa con la posibilidad real de demostración del dolo.”*

*En consecuencia de lo visto, ocupa distinguir igualmente dichos actos de aquellos que el agente desarrolla con la finalidad de injuriar al sujeto pasivo, ridiculizarlo u ofender su decoro descubriendo las partes pudendas de este o tocándolas “sin que lo impulse ningún deseo carnal”; pues en dichos eventos y siguiendo las reflexiones de la literatura especializada, aunque materialmente hablando dicha conducta encuadre en el modelo comportamental descrito en el art. 206 del C. Penal, psíquicamente no tiene el alcance lujurioso que dicho dispositivo normativo exige.*

*Por su parte el verbo rector de la conducta que se incrimina en el canon 209 del Estatuto Represor consiste en realizar un acto sexual, siendo un hecho inconcuso que en este tipo de casos “... no existe de parte del sujeto pasivo la posibilidad de ejercer ese derecho constitucional, con ocasión de la actuación del sujeto activo”<sup>12</sup>.*

*Precisamente, en relación con la libertad sexual, la referida fuente académica a su vez realiza la siguiente precisión: “...esta ha sido entendida, en términos sencillos, como el derecho a disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales como a bien su titular tenga, lo que implica realiza o abstenerse de cualquier tipo de práctica que lo satisfaga desde esa órbita. En esta definición se aprecian dos aspectos: uno dinámico positivo, facultad de disponer del propio cuerpo; otro estático pasivo, la posibilidad de repeler los ataques de índole sexual que puedan producirse.”<sup>13</sup>.*

*Cabe recalcar así mismo que como se dijo líneas arriba, la acción que despliegue el sujeto activo debe tener aptitud, ser: “apropiado para estimular la lascivia del*

---

<sup>12</sup> TORRES TÓPAGA, William, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II, Universidad Externado de Colombia, Tercera Ed., abril de 2019, pág. 471.

<sup>13</sup> Ibid. pág. 470-471.

autor y de la víctima o, al menos, de uno de ellos.”<sup>14</sup> Es decir, el acto sexual debe revestir idoneidad en el sentido visto. En síntesis, podemos concluir con la doctrina especializada que la conducta que incrimina el art. 209 del C. Penal consiste en cualquiera de las siguientes acciones con significado sexual:

*“a) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal, cumplidos por el agente sobre el cuerpo de la víctima, en forma de contacto corpóreo entre aquél y ésta.*

*b) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal que el sujeto pasivo realiza en el cuerpo del agente, inducido por éste.*

*c) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal, que el sujeto pasivo cumple sobre el cuerpo de un tercero, para delectación lujuriosa del victimario. En este supuesto el tercero puede tener la calidad de copartícipe en el delito, o también de víctima, si por los mismos medios de la violación fue objeto de ese trato libidinoso.*

*d) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal, que la víctima cumple en su propio cuerpo, para delectación erótica del agente.*

*e) Debemos anotar, por último, que es diferente para la existencia del delito, que la víctima obtenga una satisfacción sexual, porque lo que se sanciona por el legislador penal es la conducta del sujeto agente.”<sup>15</sup>*

*En conclusión, formulándolo en términos negativos, tal como lo hace el legislador penal, podemos afirmar que: “... el acto sexual se limitará a cualquier actividad diferente del acceso carnal en los nuevos términos, tales como tocamientos libidinosos o el denominado coito interfemora, por ejemplo, subrayándose que lo que sanciona son comportamientos que atenten contra la libertad sexual; de manera que el comportamiento debe tener ese tipo de connotación, ya que si simplemente es un acto que objetivamente hace contacto con órganos sexuales o de connotación sexual, no se realiza el delito”<sup>16</sup>.*

*La lectura de los apartados precedentes nos permite sostener a su vez que no todo acto sexual objetivamente determinado encuadra por este solo hecho en el modelo típico recogido bajo el nomen iuris de acto sexual violento. Para que exista dicha correspondencia se requiere un dolo específico en el agente, que*

---

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> ESCOBAR LÓPEZ, Edgar, *Los Delitos Sexuales*, Ed. Leyer, Bogotá-Colombia, 2013, pág. 260.

<sup>16</sup> TORRES TÓPAGA, William, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II*, Universidad Externado de Colombia, Tercera Ed., abril de 2019, pág. 477.

*su voluntad se dirija inequívocamente a la liberación de la libido (termino latino utilizado de manera general en medicina y psicoanálisis para denominar el deseo sexual), a satisfacer sus necesidades o apetencias sexuales mediante actos de connotación sexual diferentes a la cópula.*

*En otras palabras, no debe subsistir duda sobre el propósito lúbrico que mueve al sujeto activo de la criminalidad descrita en el art. 209 del C. Penal, que no puede ser otro que la satisfacción de un deceso lascivo, lujurioso, en los términos vistos en apartados anteriores, pero, además, que el acto sea idóneo, conforme a las pautas vistas en cuartillas anteriores. Según las precisiones hechas, el comportamiento doloso del sujeto activo demanda demostrar conocimiento y voluntad de querer invadir ese ámbito personalísimo de la libertad sexual de la víctima.*

*Conclusión de este apartado, queda claro que en la descripción del artículo 209 del C. Penal pueden identificarse las siguientes características: “i) que se trata de un delito de mera conducta porque no requiere que el menor realice alguna actividad lúbrica, ii) contempla sujeto activo indeterminado, iii) recae en un sujeto pasivo cualificado, menor de catorce años y iv) refiere verbos rectores alternativos, bien sea la realización de actos sexuales diversos al acceso carnal con el menor, en su presencia, o que se le induzca a prácticas sexuales.” (CSJ, SP. Auto del 28 de febrero del 2018, rad. AP805-2018, 49.230, M. P. José Luís Barceló Camacho).*

*Hechas las anteriores precisiones teóricas y previo a entrar a resolver de fondo el episodio fáctico aquí ventilado, cabe precisar que en juicio se practicaron una serie de pruebas, en esencia documentales y testimoniales, aportadas por las partes, por lo que conforme al panorama o marco fáctico y jurídico perfilado es menester que la Sala se aplique a continuación en el análisis dicho caudal probatorio, esencialmente de naturaleza testimonial, no sin antes poner de presente que de acuerdo con lo normado en el artículo 356 de la Ley 906/04, la partes decidieron dejar por fuera de cualquier debate probatorio lo que hace a la plena identificación del acusado, quien responde civilmente al nombre de NELSON DUVÁN ZAPATA GÓMEZ, con número de cédula de ciudadanía 8.032.630, expedida en el Municipio de Envigado, Antioquia.*

*Aclarado lo anterior, resulta del todo pertinente significar que, de acuerdo al método de valoración probatoria de la sana crítica, el juez debe arribar a la convicción racional luego del análisis individual de los elementos de convicción, y finalmente tras uno aunado del recaudo probatorio practicado en juicio con sujeción a los principios de inmediación, publicidad, contradicción, además de garantizar la debida controversia y posibilidad de confrontación, en cuyo estudio se deben tener en cuenta las máximas de la experiencia, los criterios la lógica formal, la equidad, las reglas de la ciencia, la técnica y artes afines y auxiliares, todo dentro del marco de la dialéctica que impone al fallador la carga de exponer con suficiencia los motivos de su decisión.*

*Es claro entonces que el juez debe formar su convicción a partir de un análisis individual, pero también de forma holística del acervo probatorio que le permita una aproximación racional a la verdad histórica a la que se puede aspirar dentro del proceso penal.*

*Ahora bien, a voces del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, dicho material de conocimiento debe generar en el director del juicio el “conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado”, sin que la sentencia de condena pueda fundarse únicamente en prueba de referencia, consagrando de esta manera una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría generar un falso juicio de convicción tal como lo tiene aquilatado la jurisprudencia. De ahí que resulte imperativo superar el mencionado estándar legal para dictar un fallo en contra de los intereses de quien resiste el poder punitivo estatal y las duras consecuencias que reviste la sanción penal.*

*Por manera que, si del análisis probatorio surge la duda o se establece la inocencia del enjuiciado, el resultado debe ser una sentencia de carácter absolutoria, en aplicación del principio in dubio pro reo y en respeto del principio de inocencia, art. 7º del Estatuto Procedimental Penal y 29 de la Carta. De lo contrario, al tener la convicción de la realización del delito y la responsabilidad en cabeza del acusado, con fundamento en lo demostrado por la ristra probatoria con la plenitud de garantías para las partes e intervinientes, se impone la condigna condena del ciudadano que como se dijo resiste la consecuencia represiva que deviene al delito. No está por demás señalar que*

*la duda probatoria a la que se alude no es de cualquier categoría, es aquella con entidad suficiente para enervar el fallo de condena.*

*En este punto del análisis, resulta del todo oportuno señalar que esta Sala de Decisión participa de la doctrina, por demás contraria a ciertos: “medios tarifados en los que se desecha el poder suasorio del declarante único”<sup>17</sup>, según la cual este puede ser suficiente para producir la convicción requerida para condenar, como quiera que: “... el sistema de enjuiciamiento criminal vigente no demanda una tarifa probatoria soportada en la pluralidad de testimonios directos; de manera que, la sentencia condenatoria, bien puede soportarse en la declaración de un solo testigo, siempre que lleve al convencimiento judicial, más allá de toda duda razonable, sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del implicado en la misma”<sup>18</sup>.*

*En la dirección que se viene discurriendo, igualmente surge oportuno relieves que de ordinario las víctimas de delitos sexuales tan solo pueden suministrar sus palabras como fuente de conocimiento personal para demostrar la agresión de que han sido objeto.*

*De manera que para que dicho testimonio sea soporte suficiente y permita emitir fallo de condena no puede dejar de ofrecer credibilidad, acorde a las condiciones y particularidades que rodean el caso, teniendo presente además que: “... la veracidad no dependerá de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia del relato con datos objetivos comprobables, todo dentro de un proceso apreciativo que se hace al tamiz de los postulados lógicos, científicos, de la experiencia y el sentido común.”<sup>19</sup>*

*A su vez la doctrina y la jurisprudencia tienen acuñadas ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza (ahora convencimiento racional*

---

<sup>17</sup> CSJ, SP. Auto del 27 de agosto del 2019, Rad. AP3647-2019, 53.939, M. P. Eyder Patiño Cabrera.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> CSJ, SP. AP del 15 de septiembre de 2008. Rad. 24.780,

más allá de toda duda), art. 7° y 381 de la ley 906/04, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad en este tipo de delitos contra la libertad e integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes a partir de la declaración que rinde la propia persona agredida.

Las mencionadas reglas o criterios se contraen a lo siguiente:

*“a) Que no exista incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor – agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.*

*b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y*

*c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones”<sup>20</sup>.*

Como acostumbra la Sala dada las características de este tipo de casos, y en virtud a que la decisión de primera instancia se fundamenta esencialmente en lo noticiado precisamente por la postulada víctima, y a que el ataque del censor se dirige en primer lugar sobre dicho extremo de la prueba debatida en juicio, surge imperativo la necesidad de aterrizar las pautas vistas en precedencia, con miras a develar si lo dicho por el menor se muestra coherente, persistente, libre de inconsistencias y contradicciones de peso, y además resulta corroborado y obtiene confirmación en otros datos objetivos y medios de convicción oportuna y legalmente allegados al proceso, sin develar incredibilidad en virtud de inquina, venganza, rencor, enemistad, y, en general, ánimo, o intención de perjudicar al acusado con una falsa incriminación por algún motivo que haya salido a la luz durante el debate, o que sencillamente se pueda inferir de las pruebas practicadas en el estrado judicial.

Partiendo entonces de aquello sobre lo no se generó controversia jurídica, esto es, que para la fecha de los presuntos hechos investigados la víctima no había superado el rango etario de los 12 años, el menor **J.S.P.A.**, y para lo que nos convoca, refirió que tiene dos hermanos menores, cursa el grado quinto en

---

<sup>20</sup> Sentencia de 11 de abril de 2007, radicación 26128.

*una institución educativa en el Municipio del Carmen de Viboral, Antioquia, en donde vive actualmente.*

*Continúa noticiando el testigo que practica futbol y a veces juega en el teléfono celular. Su abuela se llama María del Socorro Álvarez Muñoz y tiene su morada en la ciudad de Medellín, barrio Caicedo Villatina, más durante la cuarentena estuvieron muy alejados, no obstante, cada que pueden la visitan, en el mes de enero estuvieron en la casa de la fémina, y aunque no recuerda la fecha asevera que estuvieron allí durante casi todo ese mes, lo acompañaron su hermano Jerónimo y su madre. De otro lado informa que no conoce a los vecinos de su abuela, tampoco sabe si su mamá era amiga de estas personas.*

*En este punto el director del juicio reconviene al testigo para que deje quieto el celular a través del que está rindiendo su testimonio de manera virtual, agregando que conoció al acusado precisamente el día de los hechos, quien iba a hacer unos pasteles con su señora madre y su abuela, arribando a la morada familiar a eso del mediodía. La última vez que lo vio fue en el momento en que la policía se lo llevó.*

*Llevando su memoria al día de los hechos, recuerda que el adulto los invitó a “crema”, y ya que practicaban el mismo juego en el teléfono celular se sentó a su lado, en la sala, luego su mamá y la abuela se fueron a bañar a sus dos hermanitos, aquel “... comenzó con un comportamiento extraño, me cogía las tetillas y me las estripaba, me comenzó a tocar la barriga y así, entonces yo me pasé de mueble, y le dije que no me hiciera así que no me gustaba, entonces al momentico él se pasó, y él me mandó la mano a los testículos y yo ahí mismo le saqué la mano, y yo quedé asustado y me fui para donde mi mamá...”, agregando que del susto no le quiso decir nada a la fémina y que el adulto subía, lo miraba, le guiñaba el ojo y lo llamaba, “yo lo rechazaba, miraba para otro lado”, no se separó de su mamá y de su abuela hasta que aquella estuvo sola y en ese momento procedió a contarle a esta lo ocurrido y luego a su abuela, recordando que antes de correr para la segunda planta el ofensor le había ofrecido dinero para que se dejara tocar, “y ahí fue que salí corriendo para arriba”, destacando además que no le habría indicado un monto.*

*Continuando con la descripción de las circunstancias modales en que habrían ocurrido los hechos, rememora que la madre llamó al acusado para que subiera a la casa de la abuela porque necesitaba hablar con él, algunos vecinos escucharon la discusión y empezaron a pegarle al joven, luego una vecina llamó a la policía y “así inició todo el proceso”. Posteriormente un médico lo valoró y le sacaron sangre.*

*Ubicado en el momento exacto del abuso refiere que se asustó, se encontraba sin camisa, con una pantaloneta y de chanclas, en ese momento el agresor aprovechó para tocarle las tetillas, este se encontraba sentado a su derecha, “con la mano derecha me cogía la tetilla izquierda... me tocó una y me la apretó muy duro y yo le dije que no hiciera eso, y me cogió la otra y ahí fue cuando me cambié de mueble”, se sentó de nuevo a su derecha, “... y ahí fue que me cogió los dos testículos y yo ahí mismo le quité la mano...”. Esta persona habría introducido la mano en su ropa interior, asegurando que alcanzó a tocarle la mencionada zona erógena.*

*Siguiendo con su relato, noticia que en un primer momento se habría quedado en la sala con el acusado y su bisabuela, quien se sentó en una silla a mirar para afuera de la vivienda, mientras que él estaba en un mueble de dos puestos con el procesado. Nadie vio lo que el adulto le hizo. La primera persona a la que le contó fue a su progenitora cuya reacción fue llorar, luego habló con el inculpatado, mientras que él se fue para la habitación y también se puso a llorar, agregando que es la primera vez que una cosa así le sucede.*

*En cuanto a lo sucedido con posterioridad a los hechos, da a conocer que se ha sentido mal, a veces se pone a cavilar sobre la vida y a llorar, piensa en todo lo que sucedió ese día, señalando que ha recibido atención de parte de una psicóloga en el Municipio en el que actualmente reside, y retrotrayéndose al momento de los eventos escrutados recuerda que era un miércoles o domingo, a continuación el juez le llama la atención, señalando el niño que se encuentra solo en la estancia por lo que hace girar el aparato telefónico para que quede registrado su entorno.*

*Cierra su intervención el testigo rememorando que rindió una entrevista por estos hechos en la cual se logra escuchar cuando informa que el acusado le*



*escribió que, si iban a jugar, luego se lo pasó a su madre para que lo saludara y dijo que se iba a presentar en la casa de la abuela. Igualmente, cuando afirma que el adulto bajó la mano por su abdomen y justo cuando intentó tocarlo en la parte pudenda baja logró retirarla, y finalmente cuando refiere que su agresor no le logró tocar el pene y señala que le alcanzó fueron las tetillas.*

*Como puede verse, de acuerdo a las características que rodean al directamente agraviado en este caso, su capacidad de comunicación, entorno e idiosincrasia, y en términos generales a las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, percepción, memoria, evocación del individuo, así como lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de los sentidos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió y el comportamiento del testigo durante el juicio, su testimonio se advierte natural, consistente, coherente, espontáneo y persistente, suministrando una narrativa hilvanada, circunstanciada en sus aspectos medulares y que resulta persistente en lo que hace a su inicial señalamiento incriminatorio y el núcleo central de los hechos endilgados al acusado, sin que genere mella o suspicacias el hecho de mover el teléfono celular a través del cual rindió su testimonio de manera virtual, pues dicho comportamiento resulta más que entendible de parte de un adolescente, aunado a las explicaciones que este ofreció y que en criterio de este colegiado descartan la presencia de terceros en la estancia en donde se encontraba, al punto que no tuvo reparo y por iniciativa propia giró el móvil para mostrar el lugar, aspectos estos sobre los que no repara el censor.*

*Asimismo, en criterio de la Sala, el menor de edad ofreció un relato en el que describe en detalle las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el acusado le tocó diversas zonas pudendas, entre ellas la zona del pecho, el abdomen, pero, además, dejando claro que finalmente alcanzó a tocarle los testículos, siendo esta región, como bien lo expuso el médico forense escuchado en juicio, parte de la zona erógena que incumbe al peroné, esto es, donde se encuentran las mencionadas bolsas y el escroto.*

*Comportamiento de esta manera recreado que no genera dudas en cuanto a su naturaleza libidinosa, encuadrando a la perfección en la descripción comportamental del canon 209 del C. Penal, quedando claramente descartado*

*el roce involuntario, ocasional, desprevenido y sin intención dañina, pero además, logrando aquilatar gracias al testimonio de la víctima que el agente desarrolló un comportamiento consciente e inequívocamente dirigido a satisfacer la libido prometiéndole incluso dinero si se dejaba tocar, pero, esencialmente, a través de tocamientos efectivos en zonas erógenas del agraviado, concretamente las tetillas y testículos de los hombres, aunado a tocamientos de clara connotación sexual en el abdomen.*

*Para terminar de despejar los cuestionamientos que recaen sobre este apartado de la censura, responde la Sala que concuerda con los no recurrentes en que la estimativa jurídica del a quo del testimonio del menor de edad se observa atinada, ecuánime, ponderada y coherente.*

*Lo dicho se traduce en que al igual que para la primera instancia, para este juez plural el menor ofreció suficientes y valiosos detalles para entender que el comportamiento del sujeto activo se puede catalogar como evidentes acciones vejatorias de naturaleza sexual que se concretaron en el tocamiento del menor, siendo claro que era la primera vez que se presentaba esta clase de hechos en la vida de la joven víctima y que contrario a lo que entiende y sostiene el impugnante, el comportamiento contrario a derecho desarrollado por el sujeto activo tuvo consecuencias negativas en la vida del agraviado, quien dio a conocer que ha tenido problemas de orden emocional al punto de recibir ayuda psicológica y mostrar claros signos de este tipo de afecciones comportamentales.*

*De esta manera, dentro de la temporalidad reseñada por la propia víctima, queda claro que el 10 de enero de 2021 fue objeto de un evento constitutivo de actos sexuales a manos del aquí sub iudice, sin que observara la Sala intenciones de insuflar los hechos endilgándole al procesado un número mayor de aberraciones sexuales en su contra, y sin que además genere perplejidad que el ofensor propició el estar cerca de su víctima, gracias a la amistad con la madre y la familia del menor, para terminar tocándolo indebidamente en zonas que sin lugar a dudas tienen una alta carga erótica, a lo que se suma que tampoco se advierte algún motivo para querer incriminar falsamente al adulto a quien los consanguíneos del menor le abrieron las puertas de la morada familiar para que compartiera y se mostró bastante receptivo al*

respecto, quedando claro cuál era el verdadero objetivo de su amabilidad e interés en contactar al menor y a su progenitora, logrando finalmente acercarse a la víctima.

En síntesis, se insiste, tampoco encuentra la Sala contradicción fundamental o inconsistencias de peso que minen la credibilidad del testimonio del único testigo directo de los hechos.

Atendiendo entonces a la secuencia de los hechos acreditados con el testimonio del propio abusado, refulge nítido que el acusado es la persona llamada a responder en este juicio criminal y no otra, y que fue este quien intervino indebidamente en ámbitos propios de la integridad y formación sexual del menor de 12 años, siendo lo suficientemente explícito en la manera en que vivenció este tipo de acciones sin haber superado el rango etario de los 14 años, existiendo además: “coherencia de la declaración incriminatoria en las varias oportunidades en que fue expuesta”, en sus aspectos centrales o nucleares, sobre las circunstancias de toda índole en que el agente dio rienda suelta a su libido en la forma descrita por el agraviado.

Bajo las precisiones hechas, resulta un hecho inconcuso que el adulto contó con la oportunidad además de la capacidad para cometer el delito del que se le acusa, se itera, en una oportunidad que se le presentó el 10 de enero del 2021, aprovechando que el menor se encontraba junto a algunos consanguíneos de visita en la casa de su abuela materna.

Asimismo, lo revelado por el principal testigo de cargo aparece conteste, natural, circunstanciado, persistente y verosímil, a lo que se suma que en criterio de esta Sala su testimonio salió indemne del ejercicio del contradictorio, por lo tanto, su dicho emerge contundente, claro y digno de credibilidad. Esta, la factura que se le reconoce entonces a lo dicho al testigo tras analizar su deponencia en juicio y sopesar los reparos que formula el censor al respecto, pues a pesar de los esfuerzos de la defensa del inculcado, la credibilidad de la víctima no resulta minada con base en alguno de los criterios consagrados en el art. 403 de la ley 906/04, ni se observa, tal como se anunció más arriba, inconsistencias o contradicciones de peso que afecten el núcleo central de su directo y contundente señalamiento incriminatorio.

*En pocas palabras, su testimonio salió indemne y fortalecido tras su paso por el juicio y puede decirse que resiste las críticas formuladas por la censura, ofreciendo un conocimiento claro y directo sobre los aspectos medulares de la acusación fáctica, lo que permite concluir que efectivamente responden a hechos vividos, explicando suficientemente que el adulto terminó por tocarle algunas zonas pudendas de manera abusiva y con una clara finalidad erótico sexual.*

*En síntesis y para cerrar este apartado, basta relieves que al igual que para la primera instancia, para este cuerpo colegiado el testimonio del menor permite responder con suficiencia a los interrogantes fundamentales sobre el dónde, cómo y quién es el autor de la criminalidad investigada, así como a los dilemas que plantea la censura en cuanto a que la conducta del acriminado se tradujo en actos de tocamiento efectivo que encuadran en la primera modalidad contemplada en el canon 209 del C. Penal.*

*Es menester entonces que se aplique a continuación la Sala en determinar si el testimonio de la postulada víctima se compagina con el criterio de **coherencia narrativa**<sup>21</sup>, esto es, que al correlacionar lo dicho por el ofendido directo con los demás medios de prueba y con datos objetivamente verificables en el plenario, su testimonio resulte ampliamente concordante.*

*Así las cosas, si a lo expresando con seguridad, claridad, contundencia, naturalidad y persistencia, ofreciendo un discurso circunstanciado, coherente, hilvanado, cohesionado y sostenido en el tiempo, además de verosímil se le suma que este resulta concatenado con las demás circunstancias que rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados, y los datos objetivamente verificables en el dossier del caso, podrá decirse que aquel resulta altamente confiable.*

*Por manera que el testimonio del menor de edad sin duda alguna estaría dotado no solo de coherencia interna, sino externa al resultar refrendado por lo dicho a su vez por varios testigos ofrecidos por la Fiscalía, particularmente por algunos de sus consanguíneos, los profesionales y servidores públicos que*

---

<sup>21</sup> CSJ., SP. AP6291-2015. Radicación 42783, aprobado Acta No.380 del 28 de octubre de 2015. M. P. José Leonidas Bustos Ramírez.

*la valoraron y conocieron los eventos en razón de sus funciones. En el sentido advertido, es menester indicar que, a falta de otros testigos directos de lo vivenciado por la víctima, surge relevante para el esclarecimiento de los hechos la existencia de la denominada por la literatura especializada en estos casos como prueba de corroboración periférica.*

*Descendiendo entonces en aquellos testigos que acudieron a juicio a instancias de la Fiscalía, encuentra la Sala que en términos generales resultan refrendando el señalamiento incriminatorio de parte del menor abusado, no obstante, previo a descender en el análisis del anunciado material probatorio, así como del ofrecido a instancias de la defensa del procesado, considera pertinente la Sala significar que si en algún momento el contenido de las declaraciones de unos y otros se observa de innegable naturaleza mixta, pues de una parte realizan aseveraciones acerca de circunstancias fácticas anteriores y posteriores que percibieron de manera directa por medio de los órganos de los sentidos.*

*En tal virtud son susceptibles de la categorización que realiza el art. 402 de la ley 906/04, mientras que de otro lado, incurren en afirmaciones que tienen que ver con la atribución al acusado de los actos constitutivos de la conducta punible por la que se emitió condena en su contra y por lo tanto con indiscutible incidencia sustancial en el debate de fondo, pero que en definitiva no fueron percibidas de manera directa, por lo que al provenir de una fuente diferente a la escuchada en juicio, los apartados criticados se erigen en prueba de referencia inadmisibles en juicio y no serán tenidos en cuenta en el ejercicio de ponderación de la prueba testimonial.*

*Es tal sentido, se itera, dichos apartados ciertamente constituirían prueba de referencia inadmisibles, siendo pertinente recordar con la Corte Suprema de Justicia que cuando: "...a instancia de las partes —o de los intervinientes— en el juicio se pretende incorporar, o se introducen de manera efectiva, manifestaciones o declaraciones extraprocesales relacionadas con un determinado suceso o hecho con incidencia sustancial en el debate, mediante una fuente distinta de la que en forma personal y directa lo percibió, con el propósito de que la fuente indirecta sea estimada como prueba de la veracidad*

del correspondiente supuesto fáctico, se está indefectiblemente ante prueba de referencia<sup>22</sup>.

Similares reflexiones se hacen extensivas sobre aquellas declaraciones de testigos y peritos en juicio que a voces del art. 439 de la Ley 906 de 2004: "... contenga apartes que constituyan prueba de referencia admisible y no admisible...", en cuyo caso, y de conformidad con el mencionado dispositivo normativo deberán: "... suprimirse aquellos no cobijados por las excepciones previstas en los artículos anteriores, **salvo que de proceder de esa manera la declaración se torne ininteligible, en cuyo caso se excluirá la declaración en su integridad**". (Negrillas de la Sala).

Sin embargo, cabe relieves que en términos generales la Sala observa que el a quo realizó un adecuado trabajo de control y dirección de juicio, puntualmente en lo que tiene que ver con impedir el ingreso de prueba de referencia inadmisibles en dicha sede por no cumplir con uno de los criterios del art. 438 de la ley 906/04.

Hechas las anteriores precisiones, frente a lo que interesa al objeto de debate, la madre de la postulada víctima, señora **ANDREA ESTEFANÍA ÁLVAREZ MUÑOZ**, señaló que su madre vive en el barrio Villatina de la ciudad de Medellín, en un inmueble de dos plantas con sala en el primer nivel, al cual llegó de visita con dos de sus hijos el 5 de enero de 2021 en horas de la noche, pues un tercer descendiente reside allí con la abuela, pues sufre de síndrome de Down y la abuela se encarga de su cuidado.

Al día siguiente, esto es, un domingo, continúa narrando la fémina, el acusado la contactó a su teléfono celular y le manifestó que deseaba subir a verla y a saludarla; esto ocurrió a eso de las 11:00 a.m., "me dijo que si yo estaba acá en Medellín que me quería ver que para que charláramos... cuando él subió nos invitó a helado...". Al llegar a la vivienda le dijo que su hijo mayor "como estaba de grande y de pinta", luego lo acompañó en la moto a comprar los helados, ya que este invitó a los niños y a las dos mujeres de la casa a la golosina.

---

<sup>22</sup> CSJ. SP6700-2014, 28 mayo de 2014, rad. 40105.

*Aquella calenda, advera, en horas del mediodía el acusado se quedó con la víctima en el primer nivel, a eso de las 12:30, sentado en el mismo mueble ubicado en la sala y mirando jugar al niño con su teléfono celular, quien se encontraba en pantaloneta y sin camisa, allí también se encontraba la bisabuela del menor, mientras que ella se dirigió al segundo nivel cuando la abuela de los niños le informó que ya estaba lista el agua para bañar a dos de los pequeños, notando que tras abandonar el procesado el inmueble a eso de la una de la tarde, su hijo mayor se comportaba extraño, “como todo aburrido y amargado... se la pasó así todo el día”, le preguntó qué le sucedía, pero el niño agachaba la cabeza y respondía que nada.*

*El procesado, sigue exponiendo la deponente, regresó en horas de la tarde a la casa ya que se encontraban haciendo unas empanadas y había quedado de traer el quesito y la leche para las viandas que pretendían compartir aquella tarde, agregando que, “el niño era indiferente y lo miraba hasta feo”, pero, además que el adulto era detrás del menor y este trataba de esquivarlo, hasta que finalmente se dio cuenta que aquel salió apresurado de la edificación y se fue sin comer las empanadas, aprovechando su hijo para contarle que le tocó “las tetillas y me le iba a mandar la mano a la cola”.*

*Ante esta develación se contactó telefónicamente con el acusado, instándolo para que acudiera de nuevo a la casa a aclarar la situación, lo cual hizo y fue directamente a confrontarlo afuera de la morada en donde había una reunión de personas ingiriendo licor y comiendo un “sancocho”. El adulto le expuso delante del niño que “como iba a pensar que él era capaz de hacer eso”, y el pequeño a su vez dijo que todo era verdad y que incluso le habría ofrecido dinero para que se dejara acariciar. El adulto sostenía que a lo mejor el niño estaba malinterpretando las cosas porque él le habría colocado la mano por encima del hombro, los vecinos allí reunidos escucharon su reclamo y terminaron agrediendo al joven, luego llegó la policía y se lo llevaron detenido, señalando entre sollozos que, “él me perjudicó al niño que se me ha intentado matar”, y quien luego de los hechos asevera la testigo ha bajado en el rendimiento académico y se comporta mal en el colegio.*

*De un lado asegura que conoce al acusado desde hace mucho tiempo, de “toda la vida”, es del barrio, aclarando que entre ambos solo ha existido una*

*amistad desde hace más de siete años, es vecino de la casa de su madre, pues su residencia se encuentra aproximadamente a una cuadra. De otro, que la bisabuela María Orfalina Muñoz no se puede valer por sí misma, padece de diabetes, casi no ve y hay que hablarle duro, la abuela es quien cuida de la mayor de la familia, aunque esta camina sin ayuda, y asegura que el día de los hechos la observó sentada mirando hacia afuera por un ventanal ubicado en la primera planta el cual da a la calle. Y frente a otros aspectos, agrega que de cuando en cuando hablaba con el acusado por redes sociales, luego se alejaban y volvían a tener contacto, y que cuando vivían en el barrio se sentaban a conversar, ese era el tipo de amistad que sostenían.*

*Por otra parte, asevera que tenía al acusado en un buen concepto, no se le paso por la cabeza que pudiera hacerle eso a su prole, pues el adulto lo conoce desde los seis años. De otro lado refiere que el menor se tomó unas pastillas –dos- para ser exactos, las cuales guarda en la finca en donde viven y las utiliza para matar ratas, agregando que su consanguíneo se ha vuelto agresivo, antes era calmado y obediente. Sufre de depresión y por causa de dicha patología ha recibido tratamiento psicológico.*

*Retrotrayéndose a la época de los hechos, asevera que los denunció ante la Fiscalía, explicando que ella invitó al acusado a la casa, pero inicialmente fue este el que la contactó. En cuanto al tiempo que se tomó en duchar a sus dos hijos, estima que fueron aproximadamente veinticinco minutos. Por su parte la bisabuela del niño no se encontraba inmediatamente al lado del mueble de la víctima y el procesado, estaba mirando hacia afuera por un ventanal ubicado en la entrada de la casa, “estaba de espaldas al mueble en donde estaba mi niño”, al lado del menor, junto al ventanal, a menos de un metro del niño. Asegura que la octogenaria es consciente, “ella tiene sus sentidos”.*

*Cuando ella bajó encontró a la anciana mujer en la misma posición, su hijo iba subiendo las escalas con la cabeza agachada, mientras que el procesado le dijo que más tarde hablaban, le preguntó que iban a hacer y lo invitaron a preparar unas empanadas que pretendían compartir con la familia, ofreciéndose este a llevar la leche y el quesito, retirándose del lugar a eso de la una de la tarde.*



Finalmente señala que los vecinos le dijeron que iban a llamar a la policía y ella accedió, aceptando que en la denuncia quedó que fue ella quien llamó a los uniformados antes de contactar al inculcado para que subiera a explicar lo sucedido, aclarando que el día de los hechos fue un domingo, enero 10 de 2021. El acusado llevó la leche, el quesito, sin dar a entender el motivo por el que salió de la casa sin esperar a que estuvieran las empanadas. Cuando este llegó la segunda vez al inmueble, algunos familiares que habían llegado al lugar notaron extraño al niño.

A su turno el investigador de la Fiscalía, adscrito al CAIVAS de la entidad, señor **CÉSAR AUGUSTO CASTAÑO GONZALEZ**, acudió al juicio en su condición de entrevistador del menor de edad víctima de este caso, la cual quedó grabada en video. Con respecto a lo que percibió de manera directa e interesa a este juicio, específicamente recuerda que el pequeño contaba con 12 años y se encontraba con la progenitora, lo observó dispuesto, colaborador, no mostró temor frente al entrevistador, respondió con un lenguaje acorde a su edad y conforme a las preguntas que se le formularon, relatando los hechos de manera amplia indicando que el día anterior había sido objeto de ciertos hechos por parte de un amigo de la familia, señalando la manera en que esta persona lo habría contactado, lo que sucedió durante y después del evento, aunado a que se mostró cómodo durante la entrevista que se realizó con base en el protocolo semiestructurado denominado SATAC.

El anterior testimonio dio paso al del patrullero de la Policía Nacional **RAFAEL MARIANO PASTRANA SOLANO**, quien señaló que se encuentra adscrito a la estación de policía del barrio Villahermosa de la ciudad de Medellín, cumpliendo labores de vigilancia y patrullaje en zonas que incluyen el barrio Villatina y que llevando su memoria al día de los hechos, recuerda que aquel 10 de enero de 2021 arribó al sitio a eso de las 20:56 horas, tras recibir información radiada por el personal del CAI del barrio Villatina, encontrando un grupo de personas que tenían retenido a un individuo que había sido golpeado en la cara, y a quien la madre de la víctima de nombre Andrea Estefanía Álvarez señaló como quien había abusado de su prole introduciendo su mano en el pecho, y tratando de tocar sus genitales por lo que procedieron a capturarlo en el acto trasladándolo URI de la Fiscalía.

Continuando con la descripción de lo que percibió de manera personal y directa, el servidor público aduce que observó al pequeño llorando y alterado. Todo ocurrió en la vía pública. La fémina les informó que el capturado era un vecino y que los hechos ocurrieron en la casa en donde la mujer se encontraba residiendo en el momento. Desconoce quién fue la persona que dio la voz de auxilio en el CAI del barrio Villatina. Cuando llegó al sitio la comunidad solo tenía retenido al joven, no lo estaban golpeando, la dama no le dijo que el individuo le había ofrecido dinero al pequeño para que se dejara tocar, o que le tocaron los testículos, agregando que desconoce la hora de los hechos o si estos ocurrieron realmente. La madre del menor no fue la que llamó al CAI. Lo que hizo fue tratar de salvaguardar la vida del capturado, quien no realizó manifestaciones al momento de su aprehensión.

A continuación se escuchó el testimonio de la abuela del menor de edad, señora **MARÍA DEL SOCORRO ÁLVAREZ MUÑOZ**, quien dio a conocer que para el mes de enero del 2021 residía en el barrio Caicedo La Toma, calle 53 número 130, más arriba de la morada del acusado, quien apareció en su casa el día de los hechos y los invitó a helado a eso de la una de la tarde, luego de haber llamado a su hija Estefanía a eso del mediodía de ese lunes 10 de enero de 2021, enterándose que esta había llegado a la vivienda. El joven permaneció abajo con la bisabuela de los niños y la víctima.

Cuando bajó del segundo piso con su hija Andrea Estefanía encontró al procesado sentando al lado del pequeño, estaba mirando el celular de la víctima, más no pensó que lo había “manoseado”, vio que le tenía la mano encima, la bisabuela se encontraba como a “dos pasitos”, como siempre, afirma, esta se sienta a pensar, no estaba haciendo nada ya que sufre de Alzheimer, de presión arterial, no escucha bien, se está quedando ciega, miraba hacia el frente donde se encuentra ubicado un televisor en la sala. El justiciable había ido a saludar a su hija Estefanía y agrega que por su parte permaneció durante media hora en la segunda planta de la vivienda.

Por la tarde el inculcado regresó a la vivienda. Luego observó extraño al pequeño, en la acera de la casa comiéndose las uñas, más este le contestó que no le sucedía nada. Posteriormente el niño se negó a acompañar al procesado llevando cierto morral de otra de las hijas de la testigo de nombre

*Manuela que también había llegado a la casa. Tras enterarse de los hechos el adulto se presentó nuevamente en el inmueble y le preguntó por qué había hecho “eso”, más este negó haber tocado al niño, luego llegó la policía y en el acto joven habría manifestado, “yo nada más le puse las manos encima”.*

*Hace unos diez años que lo conoce como uno de los vecinos del barrio que vive a unas cinco cuadras de su casa y a quien la comunidad retuvo hasta que llegara la policía a investigar lo que le había hecho a la víctima. En la casa estaban los tres menores de edad y las dos mujeres. Del segundo piso de su vivienda no se observa la primera planta. Cuando el acusado se fue faltando diez para las seis de la tarde el niño les contó lo ocurrido. Su hija era amiga del procesado hace unos ocho años. El niño se está comportando muy agresivo, ya no los respeta, algunas veces se sienta a llorar, intentó quitarse la vida, y entre sollozos afirma que antes de los hechos era muy fácil de manejar, era respetuoso.*

*Finalmente afirma que ni ella ni su hija han tenido problemas con el acusado, y aclara que cuando vio a su madre en la Sala esta no estaba observando al procesado, añadiendo que la bisabuela no tiene problemas mentales pues “algunas veces es consciente”, hay que hablarle duro para que escuche, añadiendo que le preguntó si había visto lo ocurrido y respondió negativamente, y que fue el enjuiciado el que se sentó al lado del pequeño y no al revés, agregando que aquel habría permanecido varias horas en su casa, pues en su sentir le había gustado lo que pasó con su nieto, quien trató de colgarse con una soga en uno de los baños del colegio y uno de los docentes lo encontró y lo detuvo.*

*Cerrando este apartado de la práctica probatoria, el médico **ROBINSON LARGO SUÁREZ**, dio a conocer a su paso por el juicio que es médico en la Unidad Hospitalaria de Manrique desde septiembre del año 2017. Para lo que nos convoca, examinó a la postulada víctima el 10 de enero de 2021 por tocamientos por parte de un joven. Se trata de un paciente entre los diez y los doce años que acudió junto a su madre a la valoración que se produjo en horas de la noche.*

*El menor, continúa exponiendo el profesional, describió al agresor como una persona que iba a su casa y era amigo de su progenitora, encontrando en el paciente lesiones en tórax que informó que eran previas a los hechos, destacando que el adulto le tocó el pecho con las manos y por encima “de las ropas”, pero también señalando claramente que le tocó la zona en donde se encuentran los testículos y el pene. Lo percibió tranquilo, pero algo retraído, y refirió que los hechos habrían ocurrido esa misma noche, más no le indicó que el adulto le ofreciera dinero para dejarse tocar, le dio de alta y recomendó tratamiento psicológico, aceptando finalmente que en la historia clínica se resalta que el adulto solo comenzó a tocar al menor en la zona del pecho, por encima de la camiseta, e intentó tocarle los genitales sobre las prendas de vestir.*

*Descendiendo en la prueba oportuna y legalmente introducida en juicio a instancias de la defensa del acusado y como último extremo de cotejo, con el investigador **CÉSAR AUGUSTO ESCUDERO GARCÍA** se introducen algunas fotografías tomadas el 22 de mayo del año 2021 en la vivienda en donde se dice que ocurrieron los hechos ventilados en juicio, exactamente 10 fotografías del total de 40 tomadas en el lugar, las cuales hacen parte del informe que presento al respecto y con las que se ilustra sobre diferentes espacios del inmueble, entre las que se incluye la sala, el comedor de la casa, y el sector por donde se ingresa a la morada.*

*Respondiendo que sus estudios no tienen que ver con acústica forense, topografía forense o planimetría forense, y que obtuvo autorización de la moradora para realizar su tarea, aceptando que no acudió ante juez de control de garantías para el efecto, sentando a las dos damas presentes durante la diligencia según estimó que se encontraban el día de los hechos los involucrados en esta investigación, es decir, los dos hombres y la octogenaria, y conforme a lo que dieron a conocer los testigos, aceptando que en una de las imágenes aparece un ventanal detrás de uno de las poltronas, y que la señora María del Socorro le manifestó que la disposición de los enseres era la misma de la fecha de los hechos, más acepta que no la entrevistó de manera formal, sus manifestaciones se produjeron espontáneamente mientras dialogaban aquel día.*

*Por otra parte, aduce que percibió muy conversadora y vivaz a la señora Orfalina, bisabuela de la postulada víctima, más no conoció sobre las patologías que esta soporta, agregando que desde el segundo piso no se observaba la zona de la sala y el ventanal de la entrada, desde el cual se observa la parte externa en donde queda ubicado un balcón que está al lado de unas escaleras de ingreso a la vivienda. A su vez las mujeres le informaron dónde se encontraban los involucrados en los eventos ventilados en juicio, tal como quedó registrado en la imagen seis, no obstante que en una de las entrevistas se dijo que la bisabuela se encontraba sentada mirando hacia la parte externa de la casa, mientras que, con base en lo que afirma el testigo le manifestó la abuela durante la diligencia, la octogenaria estaba en la poltrona, de espaldas al ventanal.*

*Realizada de esta manera la sinopsis de la prueba debatida en juicio, estima la Sala que lo dicho por los diferentes testigos resulta corroborando en esencia el testimonio de la víctima, es decir, en cuanto al núcleo esencial de lo ocurrido, de aquello que se estima en verdad vivenció el menor de edad a manos del enjuiciado, observando esta Magistratura particularmente que aquellos que atendieron el llamado de la justicia a instancias del ente persecutor guardan análoga relación con lo averado en torno a los aspectos medulares del señalamiento directo en contra del procesado, sin que ello implique desconocer que se presentan algunas inconsistencias y contradicciones menores que no alcanzan la fuerza necesaria para minar su credibilidad, y mucho menos para derruir la contundente incriminación que, en cuanto a su núcleo central, se itera, se sostiene en el tiempo y frente a las diferentes autoridades y escenarios en los que el preadolescente narró los hechos, de manera que también para este cuerpo colegiado el testimonio de la postulada víctima resulta del todo confiable, además de refrendado en lo esencial por lo dicho por los demás testigos.*

*Corolario de lo anterior, y como reiteradamente lo ha venido señalando esta Sala, lo cual es aceptado además por la jurisprudencia, en todo proceso subsisten dudas, vacíos o lagunas, también contradicciones entre los declarantes, que por lo general son tangenciales e insubstanciales y sin entidad suficiente para infirmar una decisión de responsabilidad. Se itera, lo importante es que las pruebas analizadas en conjunto arrojen certeza racional*

respecto a la responsabilidad del implicado y que permitan superar el umbral de la duda razonable.

Sobre el tema señaló la Corte Constitucional en sentencia C-609 de noviembre 13 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz:

*“Obviamente, como lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, no se trata de una certeza absoluta —pues ella es imposible en el campo de lo humano— sino de una certeza racional, esto es, más allá de toda duda razonable. Además, las dudas que implican absolución del condenado son aquellas que recaen sobre la existencia misma del hecho punible o la responsabilidad del procesado, pero no cualquier duda sobre elementos tangenciales del delito, pues es obvio que en todo proceso subsisten algunas incertidumbres sobre la manera como se pudieron haber desarrollado los hechos. Lo importante es que el juez tenga, más allá de toda duda razonable, la certeza de que el hecho punible aconteció y que el sindicado es responsable del mismo, tal y como esta Corte ya lo ha señalado”.*

*Particularmente no encuentra la Sala divergencia fundamental en lo dicho por las consanguíneas del menor y lo develado por este, siendo claro que el menor vivió un evento de abuso de connotación sexual a manos del procesado que en verdad le produjo miedo al ver invadida su intimidad y sentirse agraviado en su pudor, episodio lascivo que lo llevó a reaccionar rápidamente separando la mano de su agresor de sus zonas más privadas, pero sin que subsista duda del tocamiento efectivo de parte del agente, narrando en sus palabras y dentro de su idiosincrasia, de manera natural y sencilla la forma en que ocurrió el ataque.*

*En esta dirección puede decir la Sala que no se ocupó la defensa de aquilatar en juicio, ni salió a relucir en el debate probatorio que entre víctima y victimario, o entre este último y los consanguíneos del primero existieran rencillas, o algún motivo que hubiera permanecido oculto y que permita inferir una falsa incriminación en contra del adulto; incluso se logra evidenciar todo lo contrario, es decir, que la familia del pequeño tenía en un buen concepto y como un amigo del hogar al aquí sub iudice, reparando esta Magistratura en que no puede pasar inadvertido que todo apunta a que el incriminado mostró un denodado afán en visitar la casa de la abuela del agraviado una vez se entera de la presencia del niño.*

*De manera que no tuvo reparo en regresar en varias ocasiones al lugar, mostrándose extremadamente amable y colaborador, con la clara intención de acercarse al menor para hacerlo víctimas de tocamientos de naturaleza lasciva, aprovechando que en cierto momento las dos mujeres que podían cuidar del pequeño se ocuparon en otros menesteres, mientras que la anciana que quedó en la sala con los dos varones posiblemente presentaba un deteriorado estado de salud que le impedía enterarse y ser consciente en todo momento de lo que ocurría a su alrededor, lo que resulta bastante plausible debido a su avanzada edad y al tipo de patología que se dice que soporta.*

*Pero, fundamentalmente, responde la Sala, porque no se ofreció su testimonio en juicio, en virtud, precisamente, de su condición física y mental, sin que la defensa desvirtuara dicho estado, tal como lo destaca la primera instancia, por lo que en definitiva se desconoce si esta se percató del ataque sexual, sin que sea de recibo que la defensa se duela de su ausencia, o critique el que no se haya escuchado al docente que se dice encontró al menor mientras intentaba colgarse en un baño de su colegio, o que no se trajo a juicio a un profesional de la salud que explicara y ahondara en los trastornos emocionales que según el impugnante la víctima presentaba con anterioridad a los hechos aquí ventilados, pues nos encontramos en un sistema adversarial en el que las partes tienen la carga de probar sus afirmaciones, contando para ello con libertad probatoria.*

*A lo antedicho se suma que contrario a lo que sostiene el censor y para continuar respondiendo a los cuestionamientos que este formula, en juicio quedó aquilatado que tras los hechos el menor presentó cambios negativos en su comportamiento, dando a conocer sus consanguíneos y el mismo infante que en algunas ocasiones se muestra retraído, o para utilizar sus propias palabras, piensa la vida, su desempeño escolar ha decaído y presenta una actitud grosera e irrespetuosa frente a su familia, secuelas que razonablemente se pueden conectar con lo acontecido y la potencial afectación que depende de cada individuo, su entorno, idiosincrasia, valores, y capacidad de resiliencia.*

*Por manera que no resulta extraño o inverosímil que para ciertos sujetos un solo evento de las características como el aquí descrito pueda llevarlos a respuestas extremas como la de atentar contra su propia vida, al sentirse sumamente agraviados en su dignidad sexual, resultando irrefutable en todo caso que no se demostró que los intentos de atentar contra su propia integridad no ocurrieran, frente a lo que insiste la Sala, no puede pretender la defensa escudarse en lo que su contraparte pudo hacer para sumar en razones a favor de la tesis exculpatoria.*

*Por su parte el profesional de la salud y el servidor que conocieron los hechos en razón de sus funciones se observan totalmente objetivos e imparciales, desligados de cualquier vínculo anterior con los involucrados en este caso que genere suspicacias que minen la credibilidad de sus testimonios, coincidiendo en lo fundamental con lo develado por el agraviado en juicio.*

*De manera que, para esta Magistratura, sin fundamento alguno y con base en conjeturas carentes de respaldo probatorio, pretende el recurrente desvirtuar lo declarado por el propio agraviado sin reparar en que, aunado a la prueba directa e indirecta, los testigos de la Fiscalía allegan mejores elementos para el esclarecimiento de los hechos investigados, a lo que se suman serios indicios que juegan en contra del justiciable como lo son el de presencia en el lugar de los hechos y capacidad para cometer el delito del que se le acusa, aunado a la existencia de material de corroboración periférica obrante en el plenario y de datos objetivamente corroborables que refrendan la contundente incriminación.*

*En efecto, no puede olvidar el censor que dentro de la actual sistemática no sólo le corresponde una fuerte carga argumentativa, sino probatoria, de modo que, si su pretensión era mostrar incongruencias de peso, contradicciones sustanciales o suministrar elementos de convicción para derruir la tesis inculpativa la tarea era de gran calado sin que en criterio de esta Magistratura y pese a su postura proactiva dentro del juicio haya logrado finalmente dicho objetivo.*

*Así las cosas, resta por señalar que concuerda la Sala con el a quo y con los no recurrentes en cuanto a que con el material ilustrativo arrimado por la*



*defensa del acusado a lo sumo se recrean varios espacios del inmueble en el que sucedieron los hechos, y la distribución de los muebles y enseres en el preciso momento recogido por la cámara del investigador, pero, además, termina refrendando la existencia del ventanal por el que se dice que la bisabuela de la familia afectada miraba hacia afuera de la morada, así como la presencia de las poltronas reseñadas en la narración de la víctima y de algunas sillas, una las cuales posiblemente ocupó la bisabuela del menor, y en términos generales del espacio físico en que ocurrieron los hechos, incluido la zona de ingreso y la presencia del balcón contiguo a la vidriera por la que se dice que la octogenaria acostumbraba mirar hacia afuera de la morada.*

*Se puede decir entonces que en esta oportunidad se cuenta con material directo, indirecto, de corroboración y prueba indiciaria que compromete seriamente al enjuiciado, sin que los descargos postulados por la censura resulten suficientes para desdibujar los fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios que cimentaron la base de la sentencia objeto de cuestionamiento, soportada en prueba que emerge en cantidad y calidad suficiente, además de diáfana, clara y sólida, sin que se allegara al trámite una contundente prueba exculpatoria o que genere la duda probatoria que exige una decisión absolutoria.*

*Sin necesidad entonces de mayores elucubraciones, la Sala confirmará en su integridad el fallo apelado.*

*En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

**RESUELVE:**

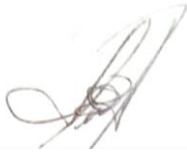
**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia condenatoria proferida en contra de NELSON DUVÁN ZAPATA GÓMEZ el 20 de enero de 2022 por el Juez Doce Penal del Circuito de Medellín, quien tras el juicio oral adelantado en contra del prenombrado lo encontró responsable del delito de acto sexual con menor de 14 años condenándolo a una pena de prisión de nueve (9) años, acorde a lo analizado en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** *Contra esta decisión procede el recurso de casación, el cual debe interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.*


**TERCERO:** *Esta providencia se notifica en estrados.*

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados<sup>23</sup>,**



**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO**

  
Scanned with CamScanner

**LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**

  
JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE  
Magistrado

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**

<sup>23</sup> El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.