



## SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00 0206 2019 07552
Acusado	Gildardo de Jesús Salazar Serna
Víctima	MRR (nacido el 28 de abril de 2008)
Delito	Actos sexuales con menor de 14 años (Art. 209 del C.P.)
Juzgado <i>a quo</i>	Doce (12°) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquia
Hechos	Desde los años 2011 hasta enero de 2018
Asunto	Apelación de sentencia de condena
Consecutivo	SAP-S-2023-23
Aprobado por Acta	N°121 12 de mayo de 2023
Audiencia de exposición	Lunes, 15 de mayo de 2023; 9:15 am
Decisión	Se confirma la sentencia de condena
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, mayo quince (15) de dos mil veintitrés (2023)

### 1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso del rubro.

### 2. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

Es el ciudadano GILDARDO DE JESÚS SALAZAR SERNA, de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° 71'000.347 de San Rafael, Antioquia, nacido el 2 julio 1958 en la misma municipalidad, hijo de MARCOS y SOFÍA.

### 3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos se concretan según la acusación así:

«Los hechos se presentaron el 25 de marzo del año 2019, aproximadamente a las 14.25 horas en la tienda ubicada en la calle 108-A N° 77-60, Barrio Santander del Municipio de Medellín, a donde llegó la menor de 10 años MRR a comprar unos frutiños y el tendero,

señor GILDARDO DE JESÚS SALAZAR SERNA, le abre la reja para que ingrese a buscarlos porque no los encuentra, se le hace por detrás a la menor le dice que está muy hermosa, linda, preciosa, **le acaricia con las manos los cachetes, realiza tocamientos libidinosos en los senos por encima de la ropa**, baja hasta su parte íntima que no logra tocar, porque la menor pone allí sus manos, momento en que un ciudadano pasaba en una moto, frena su vehículo mira hacia la tienda, el tendero se retira de la menor y esta logra huir del lugar, para alertar luego a sus parientes de lo sucedido quienes llegan a reclamar a este ciudadano, llaman la Policía y se realiza captura en situación de flagrancia».

Ante el juez 13° penal municipal con función de control de garantías de Medellín se formuló imputación como autor de los delitos de *Acto sexual abusivo con menor de 14 años* del Art. 209 del C.P

El 25 de junio de 2019 se realizó audiencia de formulación de acusación en contra de GILDARDO DE JESÚS SALAZAR SERNA por el mismo delito que se imputó.

El 30 de julio de 2019 se realizó audiencia preparatoria.

El juicio oral se llevó a cabo en varias sesiones desde el 9 de agosto de 2019 hasta el 14 de febrero de 2020.

#### 4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El juez 12° penal del circuito emite sentencia de carácter condenatorio, imponiendo una pena de nueve (9) años por el delito por el cual se acusó.

No se conceden beneficios, ni subrogados penales.

Estos fueron los argumentos expuestos en la sentencia para la condena:

«Manifiesta la menor que el acusado le dijo preciosa, linda, hermosa, le tocó los senos por encima de la ropa, que trató de bajarle un poquito más de la cintura, pero que ella se tapó sus genitales para que no la tocara ahí, que ella se asustó mucho, le pegó con el codo y salió caminando normal porque la reja estaba abierta, pero que empezó a asustarse, por lo que empezó a correr, fue a comprar el frutiño a otra tienda y se fue a contarle muy asustada a su mamá lo sucedido, pero que tenía miedo de contarle porque de pronto le pegaba, que después fue con su madre y su padrastro a hacerle el reclamo al señor GILDARDO y que él lo negó. Dice que esto ocurrió al interior de la tienda, cuando ella ingresó a buscar unos frutiños de naranja, porque él le decía que no lo había y ella le decía que sí, que lo mirara, entonces él le dijo que entrara a buscarlo y en el momento que ella se acercó a los frutiños él le tocó los senos, que empezó a bajar más las manos y que ella se tapó su zona genital y le metió un codazo.

La menor también dijo que cuando llegó a la tienda había más personas, y que el señor GILDARDO la atendió a ella de última.

Manifestó que los tocamientos duraron muy poquito, porque ella no se iba a dejar tocar más, que por eso le pegó y que cuando ella le pegó, él voltio y ella salió, que nadie vio lo ocurrido porque la tienda estaba sola, que además había un carro parqueado que impedía ver el interior de la tienda y que cuando iba a salir del negocio vio a un señor en una moto.

En este punto se hace necesario aclarar varios aspectos que tocó la defensa en sus alegaciones finales, porque la menor fue enfática en decir que el señor GILDARDO solo le tocó los senos, nunca refirió alguna otra parte del cuerpo, ahora si lo que la defensa quería era restarle credibilidad a la menor porque en anteriores escenarios había manifestado otro tipo de tocamientos debió haber impugnado credibilidad en el interrogatorio con la entrevista pertinente para que así la Judicatura pudiera valorar esas contradicciones en el aparte pertinente, porque si esto no ingresó al juicio no puede la Judicatura valorarlo.

No puede perderse de vista que la víctima contaba con 10 años de edad para la época de los hechos. La menor dijo que la fecha de su nacimiento fue el 28 de abril de 2008, lo que significa que para el momento de la afrenta contaba con 10 años. Así lo admitieron las partes de común acuerdo, toda vez que este hecho fue objeto de estipulación probatoria.

En relación con la importancia que adquiere el testimonio del menor de edad objeto de improperios sexuales y el material indiciario en este tipo de delitos, puntualizó la Corte Constitucional en sentencia T554/03:

*"Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo "normal" el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de "derecho" sobre el cuerpo del menor".*

Sobre el testimonio del menor, la jurisprudencia ha enseñado que, para validar la versión de los menores, presuntas víctimas de actos sexuales, se precisa la aplicación del criterio de coherencia narrativa, para deducir que no solo su testimonio lo era, sino que al relacionarlos con los demás medios de prueba era ampliamente concordante.

Cuando las declaraciones de menores víctimas de delitos sexuales se realizan con naturalidad, estructurando un relato discursivamente coherente, advirtiéndose además que es espontáneo, acorde con la edad, debe ser digno de credibilidad. En nuestro caso, M.M.R es franca al decir que se tapó para que el acusado no le tocará su área genital, que ella no se iba dejar tocar, esto tiene su razón de ser, pues la misma madre de la menor en juicio dijo que le enseñó a su hija que nadie la podía tocar, y la niña dice: *"y yo no le quería contar a mi mama porque me regañaba"*, esto demuestra que la menor en su conciencia sabía que esto era malo, y que se encuentra vinculado con las demás circunstancias que rodean el hecho y como sucede en este caso siendo así mismo corroborados por las declaraciones de la madre, el padrastro, la tía y su compañero, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, es acertado conferirle total credibilidad a lo dicho por la menor M .R.R, máximo cuando no se aportó una prueba de refutación, por el contrario, el material de descargo en nada desvirtúa lo dicho por la víctima, porque, si como dice la defensa, la menor está mintiendo para inculpar injustamente al acusado nada le impediría referir que el señor GILDARDO le tocó su área genital, alejado de la realidad está el pensar que se trata de un entramado maquinado por la menor para afectar al acusado.

El testimonio de la menor tampoco puede desvirtuarse, como pretende la defensa, porque no se introdujo en juicio un dictamen pericial que comprobará que la menor si fue tocada en sus senos, porque como ha enseñado la jurisprudencia y, además, en los casos de violencia sexual, la orfandad de evidencias en el cuerpo del menor no es indicativo de la inexistencia del delito.

Por su parte la madre de la menor, SONIA YANETH RUEDA, expone la forma en que se enteró de la vejación sexual a la que el acusado sometió a su hija, coincidiendo en lo esencial en lo narrado por la menor, en igual sentido su compañero permanente CRISTIÁN ANDRÉS ESCOBAR FIGUEROA, su hermana MARYORI RUEDA y el compañero sentimental de está, ESTIVEN BOLÍVAR, sin que además se haya demostrado en juicio, como pretende hacer ver la defensa en sus alegaciones finales, sin respaldo alguno, que la deponencia de estos testigos estuviera motivada por algún tipo de animadversión o malsana intención para querer perjudicar al acusado incriminándolo falsamente de hechos tan graves. Todo lo contrario, es evidente la aceptación que el encausado tenía con la menor y su familia, que hasta le decían viejo, y lo

tenían en buen concepto, pues dicen que nunca se había presentado un tipo de comportamiento así, es más hasta la señora MARIELA, esposa del acusado, en su testimonio refirió que no tenían problemas con la familia de la menor.

(...)

Otro asunto que nos permite aseverar que el insuceso lúbrico tuvo lugar es que la víctima siempre manifestó que el señor GILDARDO la había tocado, lo hizo en presencia de esté en la tienda cuando él le negaba a la parentela de la menor, pero la niña le recriminó diciéndole que él si había hecho eso. Esto, aunado al hecho que la menor se encontraba anímicamente mal, pues desde que llegó a su casa presentaba llanto, y al llegar a la tienda con sus familiares que querían reclamarle al procesado, también lloraba, no deja duda de la sinceridad de lo dicho por la niña. El declarante JOHAN ESTIVEN BOLÍVAR dice que retiró la niña del lugar donde se presentaban las alegaciones entre sus familiares y el señor GILDARDO, porque M.R.R se le acercó temblorosa y llorando, lo que es natural porque como ya se explicó antes la menor tenía en su mente que este tipo de comportamientos en su cuerpo estaban mal, adicional a que nunca en su vida le había pasado un suceso como él que hoy se investiga.

Lo que viene de señalarse, es suficiente para predicar la espontaneidad y sinceridad en el dicho inculpativo de la menor agraviada.

Se hace importante resaltar que todos los testigos de la Fiscalía, mencionaron que la reja de la tienda se mantenía cerrada, y que afuera del local había un carro parqueado que impedía ver el interior de la tienda, es más la misma testigo de la defensa, la señora MARIELA ZULUAGA indicó que esa reja se puso por seguridad, lo que permite inferir que era para cerrar el interior de la tienda, aunque quiso hacer creer que podía mantenerse cerrada o abierta, dejó ver en sus dichos que la reja se abría para dejar pasar los proveedores a surtir o revisar los congeladores, lo que indica que no era habitual que los clientes ingresaran a través de ella, cobrando importancia el dicho de la niña en el sentido que el tendero le abrió para que ingresara supuestamente a buscar el producto por ella requerido, circunstancia que propició para consumir la actividad libidinosa sobre el cuerpo de la menor.

Aunado a lo anterior, en lo que tiene que ver con la valoración de la prueba aportada por la defensa, tenemos el testimonio de la señora MARIELA ZULUAGA, la esposa del encartado, quien en juicio quiso hacer ver que estuvo en el lugar de los hechos, y que nunca vio cuando su esposo tocara a la menor M .M.R, que simplemente pasó que él la cogió de los hombros ofuscado y le dijo que, para afuera, porque la niña había tirado los frutiños al piso, dice que estuvo ahí en el lugar desde que la menor entró porque su esposo le dijo que entrará a buscar el sabor, es claro que la deponente tiene un interés en ayudar a su cónyuge, que

no estaba en el momento que la menor entró porque así lo dijo M.M.R, sobre este tema miremos lo que dijo el testigo EVELIO ANTONIO DURÁN, quien refirió que cuando llegó a la tienda la señora MARIELA se encontraba allí en el mostrador, pero nada impide que después de que el señor GILDARDO tocara a la menor saliera su esposa.

(...)

De lo anterior es claro entonces que el señor GILDARDO dejó a la menor M.M.R para atenderla de última buscando una oportunidad para dejarla sola, que estuvieron solos por el lapso de 1 minuto 52 segundos antes de que el señor Evelio arrimara a la tienda y que puede ser en ese momento que el señor DURÁN arrimó al negocio que el señor GILDARDO lo sintiera y se volteara como manifiesta la menor, y ella aprovechara ese momento para salir de la tienda, porque el señor EVELIO se quedó parado afuera del negocio por 5 segundos y cuando ingresó no estuvo al interior del local con M.R.R, pues cuando hizo la entrada, la niña salió casi que de inmediato. También, es cierto que en el video se observa gran flujo de vehículos transitar al frente de la tienda, pero esto nunca ha sido negado por las partes, quienes manifestaron que era una vía principal por donde fluían muchos peatones, carros y motos, pero asimismo es claro que ninguna persona en ese lapso que permaneció la menor sola en el negocio con el acusado se acercaran a la tienda para mirar su interior.

Como puede verse las pruebas de descargos no logran desvirtuar la acusación, ni los reparos hechos por la defensa encuentran vocación de prosperidad, por el contrario, a criterio de esta Judicatura se encuentra totalmente demostrada la ocurrencia de los hechos y la intervención del acusado en los mismos. Pues si bien en el presente caso solo la menor M. M. R puede revelar de forma directa sobre los hechos materia de investigación, como quiera que los demás testigos de cargo solo presenciaron momentos anteriores y posteriores al tocamiento, como ya se indicó anteriormente, hay inferencias lógicas a las que se llega por medio del material aportado, que constituyen prueba indirecta, que unida al dicho de la niña es suficiente para predicar la responsabilidad del acusado.

Además de lo anterior, subsisten indicios graves en contra del enjuiciado, tales como la presencia de M.M.R en el lugar de los hechos, de oportunidad porque la menor quedó sola en la tienda, y además de ello que se le permitió la entrada al negocio con la excusa de que él no veía el frutiño que ella sí veía desde la reja, cuando no era lo usual el ingreso de clientes a la tienda pues en unanimidad los testigos manifestaron que la tienda mantenía cerrada por una reja, que los clientes se atendían en la parte de afuera, así lo dijo también la víctima quien ya había ido en varias ocasiones a comprar allí, y el mismo testigo de la defensa, el señor EVELIO manifestó que la reja la abrían cuando iban a vender un helado, pero en este caso quedó ampliamente demostrado que la víctima fue a comprar un

Frutiño, no un helado, por lo que no había razón para abrirle la puerta, y también se demostró que M.R.R y el acusado permanecieron casi dos minutos solos en la tienda, antes de que el señor Evelio se acercara al local y estuviera por 5 segundos parado al lado del carro, tiempo suficiente para que se abriera la reja, la menor entrara, se acercara a los frutiños a coger el sabor que necesitaba, y se dieran los manoseos que hoy se condenan, porque hasta la misma víctima dice que ese hecho duro poquito, es que nunca se ha dicho en juicio que duraron 6 minutos como pretende hacer ver la defensa.

Así entonces, es la valoración del material de conocimiento debatido en juicio lo que permite arribar a la certeza necesaria para condenar, pues se insiste se contó con el testimonio incriminador de la víctima, que resulta refrendado con la demás prueba debatida en juicio».

## 5. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DEL APODERADO DEL IMPLICADO

El abogado del implicado, doctor RICAR ANTONIO ARENAS CARDONA, solicitó revocar la sentencia de primer grado; y, en su lugar, emitir una sentencia en sentido absolutorio, por las siguientes razones:

Luego de analizar una a una las versiones ofrecidas en el juicio, concluye que existen **relevantes contradicciones** en la versión suministrada por la menor, máxime cuando es confrontada con las vertidas por otros testigos en el debate oral.

No hay prueba de **corroboración periférica** que permita emitir una sentencia de condena.

Los demás aspectos de impugnación se tratarán en los apartados siguientes.

## 6. INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTE

El representante del Ministerio Público, doctor JUAN CARLOS VÁSQUEZ RIVERA, solicitó se confirme la decisión de primera instancia, puesto que la sentencia abordó el testimonio de la menor y coligió que su narración fue detallada, espontánea y precisa, adicionalmente fue corroborada con el video que ingresó la propia defensa.

Da plena validez a lo señalado por la menor de los pocos instantes que duró el tocamiento, precisamente por la repulsa que ella hizo de los mismos.

También se tuvo en cuenta la versión de la madre de la menor y su padrastro quienes dieron cuenta de los momentos posteriores al acontecimiento de los hechos.

Indicó que los testigos fueron enfáticos en manifestar que la menor le reclamó al procesado sobre lo sucedido, es decir, siempre lo ha señalado como el autor de los hechos, con lo que se descarta cualquier posibilidad que hubiera sido una verdad construida de manera conjunta y con la finalidad de perjudicar a alguien.

El testimonio de la menor es espontáneo y sincero; en resumen, es creíble.

Los testimonios de la defensa no logran desvirtuar que el procesado y la víctima hayan estado a solas.

Todo lo cual lo corrobora el video que ingresó la propia defensa.

## 7. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los argumentos del abogado defensor y del no recurrente.

## 8. LAS PRUEBAS VERTIDAS EN EL JUICIO ORAL

Se debe indicar que se practicaron las siguientes pruebas testimoniales:

**MRR**, menor víctima de los hechos, con once (11) años al momento de la entrevista, vive con la mamá, el padrastro y sus dos hermanos, estudia, grado 5º, va ganando todas las materias, la materia que le gusta es Castellano, ella conoce al señor GILDARDO porque iba a la tienda que quedaba en la esquina de la abuelita, como en tres casitas. Ella iba, él la atendía normal, iba cuando la mandaban a hacer mandados, adelante es la tienda y atrás es la casa, «*porque el señor GILDARDO DE JESÚS me tocó y tuve que venir acá a una audiencia*»; en detalle **«él me tocó los senos y estaba bajando hasta acá, cómo se llama, o sea un poquito más debajo de la cintura; entonces, yo ahí mismo me tapé la vagina para que no me tocará ahí, a mí me dio mucho susto**; y, entonces yo le pegué así, yo me voltee así de pa' atrás y entonces me salí normal así caminando. (*¿con qué le pegaste*) con el codo y salí así caminando y me empecé a asustar más cuando iba a la Iglesia evangélica y salí corriendo, me fui para el supermercado, fui y compré el frutiño y me fui para donde mi mamá; llegué muy asustada; llegué llorando y le dije a mi mamá; mi mamá fue y le hizo reclamo con mi padrastro; y, entonces llegó el cuñado de MARYORI y entonces llamó a la Policía, mi padrastro también fue a llamarla y entonces llegaron y se lo llevaron y ya me tocó que ir a mí a SURA, me tocó esperar a que llegara la Policía y ya, tocaba ir a mi casa, me tocaba ir a CAIVAS, FAMI, a Bienestar familiar, ya estoy acá».

Los hechos ocurrieron cuando ella tenía 10 años, en la tienda de él, «Yo entré y mientras yo buscando el frutiño, él me iba tocando (...) Yo le pedí el frutiño, le dijo véanlo allá y me dijo que él no veía, me dijo que entrara y yo entré y lo estaba buscando y ahí estaba el frutiño, entonces, bueno, él me empezó a tocar así. (*interrumpe interrogadora: tú estabas en qué posición*) derecha, de pie, él empezó a tocar los senos y se estaba bajando más y más; y, entonces a mí me dio mucho miedo, llegó hasta un poquito más abajo de la cintura; y entonces, me toqué la vagina y me la tapé; y, entonces me dio mucho miedo; y, entonces, no cogí el frutiño y me fui caminando hasta la Iglesia de la Evangelia (*sic*) (y cuando entraste había más personas afuerita) él a mí me dejó de últimas (*habían personas*) si, (*señoras o niñas*) señora (*cuántos*) había una señora cuando la señora se fue regresó un muchacho, se fue y me dejó a mí y ya quedé yo, ya él a mí me atendió y me decía que no veía el frutiño (*¿Alguna persona se dio cuenta que te tocó los senos. ¿Alguien vio?*) No».



Él le dijo que entrara, él le abrió la reja y ella entró, entonces cuando lo estaba buscando «*cuando él me empezó a tocar así, hasta un poquito más abajo de la cintura y a mí me dio mucho miedo y entonces me voltié (sic) (si ya te entendimos)*»

Él nunca abre la reja y entrega por ahí. «*Él llegó cogió la llave, me abrió y me dijo que me entrara, yo ingresé empecé a buscar el frutiño y mientras yo iba a buscar el frutiño, él me iba tocando mis senos, me estaba bajando hasta un poquito más debajo de la cintura y hasta yo cuando me tapé la vagina, ahí mismo me empecé a asustar más, me voltee así de para atrás, llegué y como la reja estaba abierta, entonces yo llegué y me salí caminado y mire para atrás y empecé yo a mirar la tienda y me asusté más y entonces ya empecé a correr cuando estaba en la Iglesia evangélica me salí para atrás. (MELANY y él te dijo algo en ese momento que te tocaba tus senos) Si, (¿qué te dijo) él me dijo preciosa, linda y hermosa (tu qué hiciste): Yo me quedé así y ya me fui para mi casa, me voltié (sic) como la reja estaba abierta yo misma me fui (tu hablaste ahora que te pegó con el codo) cuando yo le pegué así con el codo él ahí mismo se voltió así. (y ya no te tocó más) No. (qué ropa tenías puesta ese momento cuando fuiste allá) Yo, yo tenía unos shores y una camisa y unas chanclas (camisa con botones o con camiseta) No, camisa, así sin botones. (una camisa larguita o cortica corta hasta la cintura) Larguita. (¿él te tocó los senos, por encima de tu camisa o por debajo?) **No, por encima de la ropa.** (Y utilizó que parte de su cuerpo para tocarte) las manos, (Y puso una mano o dos manos en tus senos) No, las dos (usted estaba de espalda o de frente) No, yo estaba así y él se puso así detrás de mí y entonces empezó así; y, entonces ya, así fue».*

Ella salió del lugar caminando, la reja estaba abierta, caminando hasta que llegó a la Iglesia Evangélica que estaba cerquita a la tienda, llegó hasta ahí, miró hacia la tienda, le dio mucho miedo y empecé a correr hasta que estaba ahí, fue al supermercado, compró los frutiños y se fue para la casa de la mamá. «*llegué muy asustada, llegué llorando, mi mamá me dijo que qué pasó yo no le quería contar y mi mamá me dijo que me contará, yo le empecé a contar, mi mamá le dijo a mi padrastro, mi padrastro muy enojado fue y le hizo el reclamo, y él decía que no, que él cómo iba a hacer eso; y, entonces se empezó a reír*».

Se sintió rara cuando la estaba tocando, ella dijo en su mente «*Ay, yo que hago*», ahí mismo reaccionó y le pegó, él se volteó, la reja estaba abierta se fue caminando y hasta donde vive el pastor de la Iglesia Evangélica ahí si fue corriendo hasta el supermercado, compró los frutiños y fue donde la mamá, no le iba a contar, pero la mamá le dijo «*hija cuente que a la mamá se le cuenta todo*».

Eso fue al medio día.

Se le interroga: «*¿Alguien pudo ver lo que estaba ocurriendo contigo allá? No, nadie vio, porque la tienda estaba sola*».

**Interrogatorio adicional.** Había unas personas en la tienda. Sí, una señora con un perrito, no las conoce, pero si las vio cuando estaba comprando, ellas llegaron primero que ella, ella llegó de últimas. La señora tenía un perrito cargado, el otro señor era joven y morenito. Si, ella vio cuando GILBERTO los atendió, la señora que tenía el perrito blanco, ella compró una gaseosa y 2000 de huevos y le anotó. El otro señor compró unas mortadelas y le pagó con un billete de \$20.000. GILBERTO fiaba en la tienda, pero a ella nunca le dijo que le fiara. A la señora si la vio, pero no la conoce, no sabe cómo se llama.

Una amiguita YOSSELIN le contó que él también la había tocado, le contó a la mamá y la mamá le dijo que no volviera a esa tienda.

Ese lugar es el centro de una calle, pasan muchos carros, muchas motos, muchas personas, pasan buses. A mí siempre me dejaba de últimas, pero yo nunca había entrado a la tienda. Cuando ella entró no llegó nadie a comprar. Ese día solo había dos personas y ya.

Cuando estaba adentro pasaban muchas motos y carros «*una moto vino y siguió (usted por qué sabe que vino y siguió), porque ahí fue cuando yo me voltie (sic), entonces miro una moto y se siguió, así porque yo me voltie (sic) y fue cuando yo le pegué el codazo (alguien te hubiera podido ver allá adentro) no, porque allá hay un carro gris siempre lo parquean ahí, un carro gris, es el de la mona, el de doña MARIELA (Y entonces como viste al señor de la moto) porque yo salía (Ah cuando usted salía de la tienda vio al señor de la moto. Nadie podía ver) No, porque allá hay un carro (y por la acera) ahí donde estaba el carro y no se ve ni la reja, ni la tienda (Ah porque es cuadrado, así como una rampla) si (arriba en una subidita lo cuadraban) Ahí en la acera de él*»

**Contrainterrogatorio.** Cuando llegó a la tienda, estaba la señora con el perrito, y ya estaba ella y yo, cuando ella se fue, llegó el pelado y él se fue y ya quedé yo sola. Yo ingresé a comprar dos frutiños de naranja. En el tiempo mientras estaba en la tienda no ingresaron más personas. Cuando salió de la tienda vio a una persona en una moto, porque de adentro no se ve. No le tocó otras partes diferentes.

**SONIA YANET RUEDA ORTIZ**, madre de la menor, de 32 años, es operaria de confección, estudió hasta grado bachiller, sobre los hechos declaró que el 25 de marzo de 2019 su hija estaba donde la abuela, quien le mandó a hacer un mandado a pedir unos frutiños, la tienda queda cerca en una esquina, la niña le pidió al tendero, señor GILDARDO que le pasara un frutiño de naranja, este le dijo que él no veía el frutiño, le abrió la reja y le dijo que entrara a ver el frutiño. La niña entró y mientras buscaba el frutiño el señor GILDARDO, por detrás le tocaba los senitos y parte de la pierna. «*Entonces, la niña se asustó mucho y miró para atrás y miró que motos pasaban y que miraban para allá, pero no, en sí la niña del susto le dio con el codo al señor y salió de la tienda hacia otra tienda, la niña fue al supermercado y compró el frutiño y fue a mi casa, yo la vi muy asustada y le pregunté que qué le pasaba y la niña me dijo (interrumpe Fiscal). Qué vio en la niña que le indique muy asustada (interrumpe el juez)*».

Que ella conoció de los hechos, porque la niña le dijo ella llegó ***muy asustada*** a la casa. «*Cuando usted dice que la niña estaba muy asustada. Qué le permite decir eso, qué fue lo que usted observa en M. para decir que estaba asustada. Lloró, yo la vi muy asustada, **porque ella se comía las uñas y yo la vi si muy asustada y ella llorando y yo le dije que qué le había pasado ella no me quería decir, entonces yo le decía Melany dígame qué fue lo que pasó, **entonces ahí fue cuando ella me dijo “Má, el señor de la tienda me tocó”*****».

Ella le dijo a la niña que fueran hasta la tienda y le hizo el reclamo, le dijo «*Qué fue lo que pasó con la niña, él me dijo asustado que, qué había pasado. Yo le dije dígame qué fue lo que pasó con la niña, él me dijo nada, no ha pasado nada. Muy asustado. La niña le dijo si diga que usted me estaba tocando mientras yo estaba buscando los frutiños y el señor muy asustado se sentó y riéndose no sé si era de nervios, no sé por qué, yo furiosa lo traté mal, de la ira que tenía, ya en ese momento subía mi hermana en un carro, con la cuñada, el esposo que iban, ella me vio muy*

*asustada en la tienda y ella se bajó y me dijo SONIA qué pasó, yo le dijo lo que pasa es que el viejo tocó la niña, entonces ella muy furiosa le hizo el reclamo a él también, al ver que estábamos muy asustadas y muy enojadas, decirle al señor salió **la esposa de él, vino de atrás, dijo qué pasó, qué pasó**, (cómo se llama) MARIELA, no se los apellidos».*

Cuando llegó a hacerle el reclamo él estaba solo, no vio a nadie más.

La tienda tiene una reja, permanece cerrada. No dejan entrar a ningún cliente. **Cuando ella llegó la reja estaba cerrada.**

Luego del reclamo llegó la esposa de él, MARIELA, de hacia atrás, porque adelante es tienda, atrás es casa, al ver ella la bulla y el escándalo venía de atrás y nos dijo qué pasó, ellas le dijeron lo que había pasado, ella dijo «*no eso no puede ser, no puede ser, él no es así*».

Ella fue a la tienda con su compañero CRISTIAN ANDRES ESCOBAR FIGUEROA, el niño de ella y MELANY.

Su hermana MARYORI venía con el compañero ANDRÉS ECHAVARRIA, TATIANA, la cuñada de ella y el esposo STIVEN.

STIVEN llamó la Policía. Se demoraron en llegar 20 minutos, media hora.

La policía entró a la tienda, luego le dijeron a ella que se fuera para SURA, quedó mi hermana y STIVEN en la tienda.

Ella interpuso la denuncia.

No conocía antes al procesado, tampoco a la esposa de este. Nunca tuvo un problema con estos. Su familia tampoco. No tiene ningún parentesco. Su hija ya había ido en otras oportunidades a la tienda sola.

Ella se enteró de los hechos cuando la niña fue a su casa. La otra tienda donde compró el frutiño queda a media cuadra. La razón para que la niña no comprara el frutiño «*ella no lo compró, porque ella inmediatamente de los nervios salió de ahí*».

Ella le creyó al momento que su hija le hizo la revelación. «*Por qué, porque yo a ellas desde siempre les había dicho, lo que pasó con ella, yo siempre se los había dicho, si alguna vez sucede, me dice, y yo a ella la vi muy nerviosa*».

**Contrainterrogatorio.** Ella estaba en la casa, era tipo medio día, la abuela de la niña fue la que la mandó a comprar frutiños, no sabe cuánto tiempo se demoró la niña en la tienda, mientras salía, mientras fue a la tienda, mientras fue a la otra y mientras llegó a la casa. La actitud, ella llegó muy asustada a la casa, **se mordía las uñas, nerviosa, se puso a llorar**, ella le preguntó qué había pasado y ella le contó. En la entrevista usted dijo que la niña vio un motociclista que miró, pero la niña no lo identificó. Eso es una calle principal, pasan muchos carros y motos. La actitud del señor GILDARDO «*Me dijo que qué había pasado, pero se asustó mucho, yo lo vi muy asustado, y me dijo que qué había pasado, que qué, entonces la niña en el momento le dijo si, usted me tocó. Y él asustado dijo –Yo, Ay no, yo no-, y fue se sentó en una silla que había allá en la tienda; y, en ese momento el señor se reía, no sé si de susto, nervios, porqué lo hacía, pero se reía*».

La puerta de la tienda nunca estaba abierta, es una puerta de llave, las veces que yo fui la puerta estaba en llave. La señora MARIELA fue a hablar con ella para que le colaborara, no le dijo en qué, que en lo que más pudiera que le pudiera colaborar. Ella le dijo que estaba todo en la Fiscalía. «*Que le ayudara, en el caso de que llegamos, de que si podía decir que él no era así, o sea, en el sentido de que si yo pudiera colaborarle para que él saliera de esto*». No hay una manifestación concreta frente a qué tipo de colaboración.

**MARYORI RUEDA ORTIZ**, tía de la niña. Los hechos fueron más o menos a medio día, ella iba en un carro con su esposo, la cuñada TATIANA y el esposo STIVEN, ella subía por la tienda de GILDARDO, ella vio a su hermana que bajaba, enojada, para en la tienda y empieza a alegar; se bajó le preguntó que qué había pasado. «*cuando yo vi que ella estaba alegando, yo le dije que (no se entiende) carro; yo vi a mi sobrina llorando; y, le pregunté que qué le había pasado. Fiscal: ¿en ese momento su sobrina estaba dónde? En la tienda. Y ella me dijo, tía el viejo me tocó. A qué viejo. Al señor. Le dicen así: Sí*». La niña estaba llorando. Ella se alteró le hizo el reclamo. Él se reía decía que él no había hecho nada. Ella le dijo ábrame la reja y hágame lo que le hizo a ella. La tienda tiene una reja y siempre permanece cerrada.

La señora MARIELA, esposa de GILBERTO no estaba ahí. No es posible que quien pase en un carro por el frente de la tienda vea lo que esté pasando al interior de la tienda.

**Contrainterrogatorio.** No recuerda el día exactamente de los hechos, sabe que era un fin de semana. La reja de la tienda siempre está cerrada, en lo que ve, porque cada que iba a la tienda la reja estaba cerrada. El hecho de que la reja está cerrada le otorga credibilidad a lo que está mencionando la niña. «*¿Qué fue entonces lo que el señor GILDARDO DE JESÚS le hizo a su sobrina? le tocó los senos, **ella me dice** que él le mandó, que se le hizo por detrás y le tocó los senitos y le bajó hasta acá y ella se puso las manos en la vagina*». Al frente de la tienda había un vehículo parqueado, al frente de la reja, el vehículo restaba visibilidad a la reja. No sabe la niña en qué estado salió de la tienda. **Ella llegó a la tienda cuando ya había pasado todo.** Él me decía que él no había hecho nada, que la niña era una chismosa.

**CRISTIAN ANDRÉS ESCOBAR FIGUEROA**, padrastro de la niña. Estaba en la tienda de al lado de la casa y su esposa SONIA YANET RUEDA lo llamó, la niña MRR estaba llorando, «*Espérame aquí que es que un viejo me está tocando la niña, yo, como que espérame aquí, vamos, salimos hacia allá (hacia dónde) hacia la tienda del señor (cual señor) GILDARDO (no es la misma donde usted estaba), No*»

Cuando llegaron a la tienda «*la niña lo señaló a él, (qué dijo la niña) vea ese fue el viejo que me tocó*», SONIA, le hizo el reclamo, GILDARDO se puso nervioso, le dijo de todo de la rabia.

Ahí en ese momento, llegaron STIVEN y la tía de la niña MARYORI, última que discutió con él, le reclamó que por qué le abrió la puerta a la niña, si eso no se la abre a nadie. STIVEN llamó a la Policía, como se estaban demorando tanto, él fue en la bicicleta hasta la Estación, se demoraron más de 20 minutos.

Cuando llegaron estaba solo GILDARDO, MARIELA, la esposa de él, sale de por allá adentro, cuando empieza la discusión.

Cuando le hacen el reclamo al acusado, está sentando en una silla y dice que él no tocó a la niña. *«A mí me dijo que es que él no la había tocado, que solamente la había cogido de aquí del hombro y la había corrido un poquito para atrás para poder alcanzar el frutiño, desde la reja aquí donde está la entrada allá **al frente se ven todos los frutiños** (ese día usted pudo ver los frutiños allá); **si claro se veían claramente, al frente de la reja**, no sé cómo le dijo que entrara para que se los mostrara sabiendo que se veían ahí en todo el frente».*

MARIELA, la esposa de él, dijo que ella estaba ahí y que ella no vio que hubiera tocado a la niña.

Cuando le hacen el reclamo a GILBERTO, él empezó a reírse, lo cual le dio rabia.

La actitud de la menor: *«ella estaba ahí, cuando ella nos mostró que dijo que ese era el viejo que la había tocado, ella estaba llorando, ella estaba en lágrimas, ella no decía nada, yo la cogí entre los brazos se la pasé a la mamá y ahí estaba discutiendo con el señor, mientras hacíamos la discusión ella estaba con la mamá ahí llorando».*

En la tienda, de afuera para adentro no se podía ver.

Usted habló con MMR. *«En el momento ahí que pasaron ahí los hechos, ella le contó a la mamá, yo le pregunté que qué le había pasado y ella me dijo que la estaba tocando, que le había pasado la mano por aquí por el pecho y se la había pasado hasta las piernas, en medio del llanto de ella yo no le pregunté nada más, sino que le dije vamos a ver quién es».*

**Contrainterrogatorio.** Supo que la niña fue a comprar unos frutiños. No sabe que sabor a frutiño. **Desde la puerta de la tienda pudo haber identificado todos los frutiños.** No iba a la tienda.

Redirecto. **Los frutiños se ven desde la puerta** de la tienda, están a 6 o 7 pasos.

**JHON STIVEN BOLÍVAR LOAIZA**, padrastro de la menor víctima, los hechos fueron en marzo al medio día, él subía en el carro, con su esposa MARYORI, su cuñado, la esposa de él y unos niños. Vio cuando discutían MARYORI y CRISTIAN, madre y padrastro de la niña respectivamente. MARYORI se bajó del carro. Cuando la situación se salió de control, él se bajó del carro. *«La niña viene hacia mí, ellos siguen alegando, discutiendo fuertemente. En ese momento que la situación se va a salir de control, cojo a la niña y lo primero que yo hice fue informar a la Policía (...) **El tema de discusión era que aparentemente el señor había abusado de la niña MELANY**».*

Llamó a la Policía desde su celular. La Policía habló con la mamá de la niña y MARYORI.

¿Qué comentario le hace la niña? *«si, en el momento en que me bajo del carro la niña viene hacía mí y me dice, muy alterada la niña, muy temblorosa, yo la cojo y le digo: -venga qué pasó-, entonces ella me dice que él me tocó, que el señor me hizo, que yo iba a comprar un frutiño algo así, un refresco de esos; y, que el señor le dijo que entrara y que en el momento allá la tocó y pues la niña estaba muy temblorosa, yo la cogí la retiré del lugar y ya».*

Conoce la tienda, tiene una reja, el día de los hechos había un carro automóvil parqueado, la reja permanece cerrada. El carro obstaculiza la visibilidad hacia

adentro de la tienda. Por ese lugar hay un flujo constante de carros y personas, porque es una calle principal.

En la discusión estaban GILBERTO y su esposa MARIELA, SONIA y MARYORI. «*En un principio estaba adentro y luego la señora (MARIELA) salió a hablar con ellas*». Una parte decía que los hechos ocurrieron y la otra parte decía que no.

La actitud del acusado: «*actitud tranquila, incluso lo veía hasta en una actitud como burlona, como entre risas, en el primer momento, luego cuando la discusión ya fue más fuerte que había más personas y todo eso. El señor estuvo tranquilo más bien callado*»

No recuerda si la niña le reclamó directamente al señor GILDARDO.

**Contrainterrogatorio.** Fue testigo de la discusión. No le consta nada de los hechos.

**Redirecto.** Fue testigo de la discusión, pero estuvo en el lugar, luego que ocurrieron los hechos. Llamó a la Policía desde el lugar de los hechos. Pero no vio el supuesto hecho.

**MARIELA ZULUAGA**, esposa del acusado hace 29 años, tienen 3 hijos, es ama de casa, pero atiende la tienda.

Sobre los hechos «*Yo me encontraba ahí organizando la vitrina, frente a lado mío había una nevera grande, también que yo tengo cosas para organizar, en ese momento yo estaba organizando la vitrina, se acercó la niña que siempre estaba enseñada a llegar ahí, era conocida de muchos años, ella llegaba –viejo, vieja- cuando no estaba el señor, ella me decía “vieja” yo: -como así que vieja-, yo la despechaba. Ese día yo me dedicaba a organizar la vitrinita, la niña se acerca a la tienda, y empieza que –Ay viejo un frutiño-, él se acercó y comenzó que bueno que ya la despachaba, que él estaba ocupado; se acerca dónde estaban los frutiños que estaban al frente de la rejilla y ella empezó que un frutiño, entonces él le dijo este, ella no, no, ese no, el otro, no, él le decía pero cuál pues cuál le doy, no es que no ese no, que sea un sabor a Mandarina, él le dijo que no hay, él se devolvió para el mostrador se puso a despachar; luego ella le decía que sí, que a ver pues el frutiño que ella lo estaba viendo, entonces él le dijo pase mire y verá que no hay. La niña se acercó pues hasta allá, a los frutiños, y empezó a mirar y empezó a mandarle la mano a las cosas, todo eso pues se derrumbó, cuando cayeron al piso; él como que se ofuscó todo, lo único que él hizo fue como agarrarla debajo los brazos y que pa´ fuera que ya pues, que mirara pues que le estaba desorganizando todo. Ella se quedó ahí como impactada, él se agachó a recoger los frutiños, normalmente, pues yo estaba así de frente como estoy acá; ella fue saliendo, tranquila, pues yo no noté nada raro, como a los 20 minutos, 20, 30 minutos, sentí fue cuando la mamá dijo: “me tocaste la niña, me tocaste la niña”, yo le dije, el señor le dijo “yo, yo no la he tocado” entonces, yo salí y le dije señora por Dios! Eso es asombroso no me explicó como la iba a tocar, yo estando aquí; entonces me decía ella, ella se llama doña SONIA, me decía -sí, si él la tocó-, ella estaba enfurecida, estaba el esposo de doña SONIA, el padraastro de la niña –que vea tócame a mí, porque no me toques a mi pues, venga tóqueme a mi- Yo le decía, pero qué pasó, cómo la iba a tocar si yo estaba ahí. Ahí estaba yo. -Que él si la tocó-. Entonces yo al ver que ellos no escuchaban razones, estaban enfurecidos, me dijeron que la Policía llegaba, que iban a llamar la Policía, yo dejé que la llamaran, como les iba a impedir, yo me sentía con la conciencia tranquila, la llamaron, pasaron por ahí una hora, más o menos que la Policía llegara. Esa gente estaba enfurecida afuera, yo me quedé calmadita adentro, sentadita esperando a que pasara todo eso, cuando ya llega la Policía nos*

*dijeron que a él se lo llevaban por seguridad, que eso era una investigación, que se abría una investigación por el momento se abría una investigación, fue lo que nos dijeron. Yo me quedé impactada, los Policías me dijeron que mirara, que me daban un número de teléfono. Yo estaba aterrorizada, no me explicaba cómo había pasado eso, estando yo ahí, era algo que se me salía de las manos, pero ellos estaban muy enfurecidos y uno que iba a hacer»*

La reja está por seguridad, se está abriendo y cerrando.

Se excedió tocando a la niña: *«en ningún momento yo noté algo raro, lo único que notamos fue cuando la señora llegó, pues bravo, de resto no, en ningún momento»*

De afuera para adentro se ve toda la tienda.

Nunca han tenido un problema en relación con este asunto. Tienen una hija mayor.

En ese momento cuando la niña insistía por el frutiño *«que si había»*, entró una muchacha, entró un muchacho. Todo estuvo normal. Incluso, estuvo el señor EVELIO DURAN.

**Contrainterrogatorio.** El carro usualmente permanece ahí parqueado. Ocupa un espaciecito del negocio. La reja se puso por seguridad. En el momento en que llegó la niña, la reja estaba ajustadita. En el momento en que llegó la niña a la tienda estaba una señora, no recuerdo quién era. No recuerda que le despachó a la señora. Después llegó otro muchacho, no recuerdo quién era. No recuerda qué compró. La niña hizo un reguero, tumbó la estantería, productos al suelo, él reaccionó como regañándola. *«en ese momento yo no vi a nadie, en ese momento entraba don EVELIO, él se agachó a recoger los frutiños y entraba don EVELIO, me dijo Hola doña MARIELA, yo dije Hola don EVELIO, yo seguí ahí tranquila, la niña salió tranquila, yo no vi nada de raro»*. El señor EVELIO fue a comprar cosas. Luego que la niña se va la reja queda abierta. **En la entrevista no mencionó el episodio del «reguero»; no mencionó en la entrevista que GILDARDO regañó a la menor.** Si conocía a la menor; no había tenido ningún problema con ellos.

Ministerio Público, la reja viene de una esquina a otra, 4 o 5 metros. Es reja, pero tiene una puerta.

**EVELIO ANTONIO DURÁN DAVID**, si conoce la tienda, va mucho allá, por esa razón conoce al señor GILDARDO, la última vez que fue a la tienda fue un día festivo a eso de la 1:30 pm, cuando llegó, estaba don GILDARDO, MARIELA y una niña, la niña es vecina de la calle donde vive, pero no sabe el nombre, ni sabe quién es la familia, porque él solo la veía en el colegio cuando llevaba los hijos de él. *«cuando yo llegué estaba don GILDARDO estaba la niña ahí, no vi nada, todo estaba normal, yo llegué a la tienda me recosté al carro, más o menos 1, 2 minutos y la niña salió, la niña salió normal, nada que yo viera, pues como asustada, la niña salió callada, normal, salió para la otra tienda y estaba don Gildardo ahí renegando y le decía que no que fuera a la otra tienda que no tenía el sabor que ella buscaba. (qué se encontraba haciendo don GILDARDO en el momento en que usted llegó) Estaba ahí organizando y recogiendo como unas papeletas de frutiño en una esquina donde él las mantiene (a qué parte de la tienda) Ahí en la esquina donde mantiene la plata (en qué parte) a mano derecha entrando donde tiene la legumbrería»*.

La otra tienda queda a media cuadra. No observó que una persona estuviera mirando detenidamente a la tienda, ni carro, ni moto. La niña salió de la tienda

caminado normal. No salió ni asustada, ni llorando. La reja la encontró abierta. La reja algunas veces la encuentra abierta u otras cerradas. Él permaneció ahí de 5 a 10 minutos. La niña permaneció al interior de la tienda de 1 a 2 minutos. En ese momento cuando llegó no había otras personas.

**Contrainterrogatorio.** En el momento en que llega la niña estaba paradita adentro de la reja, según lo que le escuchó a don GILDARDO y a ella que estaba comprando dizque un frutiño. No escuchó cuando la niña pidió el frutiño, solamente cuando don GILBERTO le decía «*No, aquí no hay ese sabor va y lo compra a la otra tienda*». La reja no estaba ajustada, estaba abierta. El frutiño está en la esquina. Esa vía es muy transitada por carros y motos. El vehículo queda al lado de la tienda, se puede ver todo el frente de la tienda. No vio cuando la niña estaba reburujando los frutiños. El no traspasa esa reja. Tampoco ha visto que clientes traspasen esa reja.

**CARLOS AUGUSTO VARGAS GONZÁLEZ**, investigador de la defensa, con este testigo se ingresan los videos y el álbum fotográfico del lugar de los hechos.

**En el primer video se observa lo siguiente:**

En el minuto 14:02:50, se observa a la niña presunta víctima ingresando a la tienda, vestía una camiseta blanca y un short.

En el minuto 14:03:09, se observa que sale de la tienda un joven con camiseta blanca y un jean con una bolsa en la mano derecha.

En el minuto 14:05:21, se observa que entra a la tienda una mujer con un perro cargado.

En el minuto 14:05:4, se observa que sale un hombre de la tienda.

En el minuto 14:06:58, se observa que sale la mujer que llevaba el perrito cargado.

En el minuto 14:08:44, se observa cuando entra a la tienda EVELIO ANTONIO DURÁN DAVID.

En el minuto 14:09:00 sale la niña de la tienda caminando.

**En el segundo video**, en el minuto 14:21:02 se observa a la menor acompañada de dos (2) adultos, una mujer y un hombre que lleva de la mano a un niño. Ingresaron a la tienda.

Según las versiones se trataría de su progenitora, su padrastro y el hermano de la menor, cuando fueron a hacerle el supuesto reclamo al procesado.

También se observa que simultáneamente se detiene un vehículo tipo automóvil justo al frente de la tienda. Según las versiones se trataría del carro donde iba la señora MARYORI, tía de la menor.

## **9. NO SE PUEDEN VALORAR PRUEBAS QUE NO INGRESARON A JUICIO**

El señor abogado defensor en su escrito de impugnación analiza en profundidad el Formato Único de Noticia Criminal donde se recibió la declaración jurada de la



señora madre de la víctima, SANDRA JANETH RUEDA ORTIZ, para lo cual transcribe en su integridad las preguntas y las respuestas, luego hace el análisis de valoración de dicha declaración.

Posteriormente transcribe en su integridad la entrevista de valoración psicológica a la menor MRR del 26 de marzo de 2019 por parte de LUCELLY VÉLEZ MUÑOZ, y se transcribe el formato de entrevista FPJ-14, para realzar algunas «*consideraciones de la defensa*».

Ninguna de tales evidencias puede ser objeto de valoración judicial.

Es que una de las finalidades del proceso penal es la aproximación racional a la verdad<sup>1</sup>.

Más allá de la discusión sobre el concepto de verdad del proceso penal, de si es histórica o es discursiva<sup>2</sup>, existe acuerdo en que, como conocimiento para condenar, **la verdad del proceso acusatorio se produce en el juicio**, con intermediación y confrontación, y no por fuera de él (artículos 372, 377, 378 y 379 del C.P.P.)<sup>3</sup>.

La aproximación democrática y pluralista de la verdad en el proceso penal impone el respeto, por parte de la legislación y de la jurisdicción, de los principios de la actividad probatoria que buscan conciliar la tensión existente entre eficacia del derecho penal y respeto por los derechos, garantías y libertades individuales.

Estos elementos de la actividad probatoria, que surgen de la estructura misma del sistema penal, se pueden sintetizar así<sup>4</sup>:

Uno: Es fundamental distinguir los **actos de investigación y los actos de prueba**. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes (en su caso, del Ministerio Público y de la víctima) y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantías en las etapas preliminares del procedimiento.

En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por las partes e intervinientes con el control y vigilancia del juez de garantías, cuando legalmente se requiera.

Los **actos de investigación son actos preparatorios del juicio**. Eso implica que si se aprecia un acto de investigación que no se introduce al juicio cumpliendo las reglas de prueba (descubrimiento, sustentación, decreto, práctica y confrontación), el juez incurre en un error de derecho por falso juicio de legalidad al infringir el debido proceso probatorio y conferirle carácter de prueba a un acto que jurídicamente no lo es<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Se puede decir que también es verdad determinar que el hecho no fue cometido por el acusado, o que no existió, etc., pero el conocimiento es el que se produce en el juicio.

<sup>2</sup> «*Verdadero pasa a ser, no lo que mejor se corresponde con lo que realmente ocurrió, sino lo mejor justificado*». Vives Antón, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 875. CSJ SP 791-2019, rad. 47.140 de 13 marzo 2019.

<sup>3</sup> CSJ SP 791-2019, rad. 47.140 de 13 marzo 2019.

<sup>4</sup> CSJ SP rad. 32.829 de 17 marzo 2010.

<sup>5</sup> CSJ SP 791-2019, rad. 47.140 de 13 marzo 2019.

Los **actos de prueba**, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlos en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.

Dos: El sistema acusatorio se identifica con el aforismo latino «*Da mihi factum ego tibi jus*» o «*Da mihi factum, dabo tibi ius*» (dadme los hechos que yo te daré el Derecho)<sup>6</sup>, regla relacionada con «*iura novit curia*», también, «*iura noverit curia*», (el juez conoce el derecho) o «*Testis non est iudicare*» (al testigo no corresponde juzgar o valorar, el testigo debe limitarse a aportar su conocimiento de los hechos), pues es claro que, mientras la preparación del proceso mediante la realización de los actos de investigación está a cargo de las partes, el juez debe calificar jurídicamente los hechos y establecer la consecuencia jurídica de ellos.

Por lo mismo es que no es necesario que las partes prueben el contenido de las normas jurídicas ni su interpretación, porque se parte del supuesto que el juez las conoce<sup>7</sup>.

Tres: En el proceso acusatorio los roles de las partes frente a la carga probatoria están claramente definidos.

Aunque si bien coinciden en que todos tienen el deber jurídico de buscar la verdad verdadera y no sólo la verdad formal, se distancian en cuanto resulta evidente la posición adversarial en el juicio, pues los actos de prueba de la parte acusadora y de la víctima están dirigidos a desvirtuar la presunción de inocencia y persuadir al juez, con grado de certeza razonable, acerca de cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza razonable sobre la responsabilidad penal del imputado.

Cuatro: El Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral (salvo excepciones legales como la prueba anticipada).

Ahora, salvo excepciones legales, en el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria, pues el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria.

Solamente se aprecia en la valoración judicial (sentencia) la prueba confrontada en juicio<sup>8</sup>. Así pues, **lo que no se introduzca legalmente a través del juicio oral, no existe**<sup>9</sup>.

Las únicas pruebas que pueden ser valoradas son las que se solicitan, decretan y practican en juicio oral; por ende, no puede cuestionarse la credibilidad del testigo, por ejemplo, con unas conversaciones y videos que ni siquiera fueron incorporados a la actuación<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Sentís Melendo, Santiago. *El juez y el derecho (iura novit curia)*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, pp. 9-40.

<sup>7</sup> CSJ AP, 7 diciembre 2011, rad. 37.596; CSJ AP 2020-2015, rad. 45.711; CSJ AP 1561-2019, rad. 54.589; CSJ AP 309-2023, rad. 60.184 de 8 febrero 2023.

<sup>8</sup> CSJ SP 791-2019, rad. 47.140 de 13 marzo 2019.

<sup>9</sup> CSJ SP 2144-2016, rad. 41.712 de 24 febrero 2016; CSJ SP 791-2019, rad. 47.140 de 13 marzo 2019; CSJ SP 2944-2020, rad. 55.663 de 12 agosto 2020; CSJ SP 076-2023, rad. 60.023 de 1° marzo 2023.

<sup>10</sup> CSJ SP 076-2023, rad. 60.023 de 1° marzo 2023.

Cinco: Por regla general, el sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para decretar de oficio pruebas<sup>11</sup>, sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración.

La pasividad probatoria del juez es una garantía del acusado<sup>12</sup>, de tal forma que, si alguno de los sujetos procesales no ejecuta en debida forma su labor, de modo que no recopila los elementos materiales de prueba que requiere aducir, no puede acudir a que el juez de conocimiento supla tal deficiencia, *vr. gr.*, mediante la expedición de oficios para que se alleguen medios cognoscitivos, pues ello desnaturalizaría el sistema procesal penal estipulado en el C.P.P.<sup>13</sup>.

Si la fiscalía no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede valorar pruebas diferentes a las decretadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio oral.

## 10. COMENTARIOS DE LA DEFENSA A LAS PRUEBAS DE CARGO

Sobre la declaración de la madre de la menor se dice en la impugnación que genera «dudas», pero no se aclara ni especifica cuáles dudas, al parecer es porque se dice que pasaban «muchas motos» sin que la declarante especificara el número concreto, lo cual es irrelevante.

En este análisis el abogado defensor compara lo que dijo la declarante en juicio con lo relatado en la denuncia criminal; y se contrasta la versión de la víctima con lo que le dijo en la entrevista a la psicóloga. Tales aspectos no se ingresaron en la impugnación de credibilidad, razón por la cual no se pueden valorar, adicionalmente, por las razones indicadas en el numeral anterior.

Resalta contradicción de la niña pues no se ubica en el tiempo ya que dice que los hechos son de 2018 cuando lo cierto es que sucedieron en el año 2019, lo cual refleja precisamente la sinceridad de la niña, pues a esa edad, el tiempo que transcurre no es tan relevante como para los adultos quienes tiene en cuenta esos datos para fines como vacaciones, jubilación, pensión, etc.

Se dice que hay duda probatoria porque la niña a veces dice que salió caminando y otras que salió corriendo. El relato verdadero es el siguiente, la niña salió caminando de la tienda y cuando ya estaba retirada un poco empezó a correr, lo cual no entraña duda probatoria que puede llevar a la absolución.

Se dice que hay contradicción pues la niña dice que conocía a la señora pero que no sabe el nombre, lo que es absolutamente irrelevante, además, porque no se le explicó que es «conocer» a otra persona, si solo consiste en verla por los

---

<sup>11</sup> Art. 361 C.P.P. Norma declarada exequible mediante sentencia C-396 de 2007, donde se dijo: «la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial».

<sup>12</sup> CSJ SP rad. 32.829 de 17 marzo 2010.

<sup>13</sup> CSJ AP 2814-2017, rad. 49.307 de 3 mayo 2017.

alrededores, tener trato comercial con dicha persona, tener trato social reiterado, etc.

Que hay contradicción porque la niña recuerda lo que compraron las personas, pero no recuerda el año de los hechos, aspecto en el que el Defensor combina situaciones muy diferentes cual es un acto de comprar en una tienda con el tiempo, cuestiones absolutamente disímiles.

Con respecto a JHON ESTIVEN BOLÍVAR LOAIZA, se coincide con la defensa en que no es testigo directo de los hechos.

Se afirma que cuando el juez requiere a la fiscalía para que formule adecuadamente una pregunta porque el testigo no la entendió, rompe el equilibrio procesal en tema de imparcialidad; en esos casos la defensa tiene los instrumentos procesales para su protección, tales como la recusación, entre otros, los cuales debe hacer valer en su momento y no posteriormente en los recursos de apelación.

Procede al abogado defensor a relatar todo lo sucedido en audiencias preliminares, ante lo cual se debe aclarar que el Tribunal no se puede convertir en segunda instancia de las decisiones en audiencias preliminares, ese espacio lo debió aprovechar el abogado defensor precisamente en esa instancia judicial.

## 11. ANÁLISIS EN CONJUNTO DE LAS DECLARACIONES OFRECIDAS.

### 11.1 LA VERSIÓN DE LA MENOR VÍCTIMA

Del análisis de las atestaciones, se tiene claro que la menor siempre ha sostenido que el procesado le tocó **los senos por encima de la ropa**. Sus palabras textuales fueron: **«él me tocó los senos y estaba bajando hasta acá, cómo se llama, o sea un poquito más debajo de la cintura; entonces, yo ahí mismo me tapé la vagina para que no me tocará ahí, a mí me dio mucho susto; y, entonces yo le pegué así, yo me voltee así de pa' atrás y entonces me salí normal así caminando. (¿con qué le pegaste') con el codo y salí así caminando y me empecé a asustar más cuando iba a la Iglesia evangélica y salí corriendo, me fui para el supermercado»**; que no le tocó otras partes diferentes, según aclara en contrainterrogatorio.

Dice además que salió muy asustada, comportamiento anímico que inmediatamente detectó su señora madre, razón por la cual le indagó sobre el particular.

Que debió ingresar porque el señor le dijo que no veía los Frutiños, sin embargo, según los varios deponentes, incluido el de la defensa, vieron los Frutiños siempre al frente, es decir, visibles.

Así pues, no había razón alguna para que la niña ingresara al interior a mostrar unos frutiños que se veían perfectamente, simplemente el procesado negó verlos como simple excusa para que la niña ingresara al interior, traspasase la reja y aprovechar la intimidad para los tocamientos que relata la niña.

Sobre su estado anímico la misma niña dice que *«llegué muy asustada, llegué llorando, mi mamá me dijo que qué pasó yo no le quería contar y mi mamá me dijo*

*que me contará, yo le empecé a contar, mi mamá le dijo a mi padrastro, mi padrastro muy enojado fue y le hizo el reclamo, y él decía que no, que él cómo iba a hacer eso; y, entonces se empezó a reír».*

En su inocencia, de la cual se colige la incapacidad para crear una escena delictiva en contra de un vecino en particular sin una razón atendible, afirma que se sintió rara cuando la estaba tocando y se dijo en su mente «Ay, yo que hago».

Se le interroga: «¿Alguien pudo ver lo que estaba ocurriendo contigo allá? No, nadie vio, porque la tienda estaba sola».

## 11.2 PRUEBA DE CORROBORACIÓN DE LOS HECHOS

La versión de la infante es corroborada por prueba documental de video. En efecto, en el interrogatorio cruzado dice que antes de los hechos observó a una señora con un perrito cargado, el otro señor era joven y morenito; ella vio cuando GILBERTO los atendió, la señora que tenía el perrito blanco, ella compró una gaseosa y 2000 de huevos y le anotó. El otro señor compró unas mortadelas y le pagó con un billete de \$20.000.

En el video de la defensa se observa a la niña presunta víctima ingresando a la tienda, vestía una camiseta blanca y un short (minuto 14:02:50) en el minuto 14:03:09, se observa que sale de la tienda un joven con camiseta blanca y un jean con una bolsa en la mano derecha; en el minuto 14:05:21, se observa que entra a la tienda una mujer con un perro cargado; en el minuto 14:05:4, se observa que sale un hombre de la tienda; en el minuto 14:06:58, se observa que sale la mujer que llevaba el perrito cargado; en el minuto 14:08:44, se observa cuando entra a la tienda EVELIO ANTONIO DURÁN DAVID, en el minuto 14:09:00 sale la niña de la tienda caminando.

En contrainterrogatorio dice la madre de la niña, sobre la actitud de la infrante, que ella llegó muy asustada a la casa, **se mordía las uñas, nerviosa, se puso a llorar,**

**CRISTIAN ANDRÉS ESCOBAR FIGUEROA**, padrastro de la niña, también dice que vio a la niña llorando; que cuando llegaron a la tienda «*la niña lo señaló a él, (qué dijo la niña) vea ese fue el viejo que me tocó*».

Cuando los familiares de la niña llegaron a la tienda, estaba solo GILDARDO, luego es que MARIELA, la esposa de él, sale de por allá adentro, cuando empieza la discusión.

Con respecto a la visibilidad de los frutiños, que «*desde la reja aquí donde está la entrada allá **al frente se ven todos los frutiños** (ese día usted pudo ver los frutiños allá); **si claro se veían claramente, al frente de la reja, no sé cómo le dijo que entrara para que se los mostrara sabiendo que se veían ahí en todo el frente***». En el redirecto dice que **los frutiños se ven desde la puerta** de la tienda, están a 6 o 7 pasos.

**JHON STIVEN BOLÍVAR LOAIZA**, padrastro de la menor víctima, explica que se baja del carro y «*la niña viene hacía mí y me dice, muy alterada la niña, **muy temblorosa**, yo la cojo y le digo: -venga qué pasó-, entonces ella me dice que él me tocó, que el señor me hizo, que yo iba a comprar un frutiño algo así, un refresco de*

*esos; y, que el señor le dijo que entrara y que en el momento allá la tocó y pues la niña estaba muy temblorosa, yo la cogí la retiré del lugar y ya».*

El comportamiento objetivo de la niña es el propio de alguien que ha sufrido una experiencia traumática, además, en frente del procesado lo señala como la persona que momentos antes la había tocado en su intimidad.

### 11.3 MOMENTOS POSTERIORES A LOS HECHOS

La demás prueba que desfila corrobora la versión de la niña, en aspectos de comportamiento después de sufrir un hecho traumático.

En efecto, la madre de la niña, señora SONIA YANET RUEDA ORTIZ, afirma que *«fue a mi casa, yo la vi muy asustada»* que la niña *«lloró, yo la vi muy asustada, porque ella se comía las uñas y yo la vi si muy asustada y ella llorando y yo le dije que qué le había pasado ella no me quería decir, entonces yo le decía Melany dígame qué fue lo que pasó, **entonces ahí fue cuando ella me dijo “Má, el señor de la tienda me tocó”**»*.

**MARYORI RUEDA ORTIZ**, explica que *«yo vi a mi sobrina llorando; y, le pregunté que qué le había pasado. Fiscal: ¿en ese momento su sobrina estaba dónde? En la tienda. **Y ella me dijo, tía el viejo me tocó. A qué viejo. Al señor. Le dicen así: Si**»*. La niña estaba llorando.

**MARYORI RUEDA ORTIZ**, dice que para el momento en que llegó a la tienda la señora MARIELA, esposa de GILBERTO no estaba ahí. No es posible que quien pase en un carro por el frente de la tienda vea lo que esté pasando al interior de la tienda.

**CRISTIAN ANDRÉS ESCOBAR FIGUEROA**, padrastro de la niña, dice que cuando llegaron estaba solo GILDARDO, MARIELA, la esposa de él, sale de por allá adentro, cuando empieza la discusión.

### 11.4 LOS DECLARANTES DE LA DEFENSA

**MARIELA ZULUAGA**, esposa del acusado, simplemente niega los hechos y dice que la niña entró e hizo un desorden, razón por la cual fue alzada por su esposo, que *«en ningún momento yo noté algo raro, lo único que notamos fue cuando la señora llegó, pues bravo, de resto no, en ningún momento»*

En **contrainterrogatorio** se evidenció que en la entrevista anterior no mencionó un detalle tan importante como el reguero de los Frutiños, aspecto esencial que fue relevante para minar su credibilidad; también se aclaró en el contrainterrogatorio que nada mencionó sobre que el señor GILDARDO **regañó a la menor**.

Por su parte, **EVELIO ANTONIO DURÁN DAVID**, al parecer estuvo en la tienda y explica que *«cuando yo llegué estaba don GILDARDO estaba la niña ahí, no vi nada, todo estaba normal, yo llegué a la tienda me recosté al carro, más o menos 1, 2 minutos y la niña salió, la niña salió normal, nada que yo viera, pues como asustada, la niña salió callada, normal, salió para la otra tienda y estaba don*

*GILDARDO ahí renegando y le decía que no que fuera a la otra tienda que no tenía el sabor que ella buscaba» y que «estaba ahí organizando y **recogiendo como unas papeletas de frutiño en una esquina donde él las mantiene**».*

El hecho de recoger los frutiños del piso, no fue mencionado por la esposa del implicado al momento de la entrevista, y era un aspecto esencial, tanto que precisamente, según ella, por eso debió alzarla.

Aunque ese hecho, el del alzamiento, no es relatado por el declarante EVELIO ANTONIO DURÁN.

En contrainterrogatorio se estableció que no vio a la niña en el interior de la tienda, ni cuando estaba «*reblujando*» los Frutiños; según el declarante la niña no traspasó la reja.

Entonces, si no traspasó la reja no se entiende cómo es que la niña hubiese lanzado quizás accidentalmente todos los frutiños al suelo.

Recuérdese que la señora SONIA YANET RUEDA ORTIZ, dice que fue a la tienda a hacer el reclamo, que el señor estaba solo y luego salió la esposa de atrás, esto es, del interior de la vivienda, es decir, no estaba en la tienda. En todo caso, en la tienda no había más personas, como en efecto se constata en el video presentado por la Defensa

Cuando llegó a hacerle el reclamo él estaba solo, no vio a nadie más. Expresa que *salió «la esposa de él, vino de atrás, dijo qué pasó, qué pasó, (cómo se llama) MARIELA, no se los apellidos»*. La tienda tiene una reja, permanece cerrada. No dejan entrar a ningún cliente. **Cuando ella llegó la reja estaba cerrada.**

El señor **CRISTIAN ANDRÉS ESCOBAR FIGUEROA** explica que luego del reclamo llegó la esposa de él, MARIELA, de hacia atrás, porque adelante es tienda, atrás es casa, al ver ella la bulla y el escándalo venía de atrás y nos dijo qué pasó, ellas le dijeron lo que había pasado, ella dijo «*no eso no puede ser, no puede ser, él no es así*».

Existen serias contradicciones en las versiones de los testigos de la defensa, pues la señora no habla de reguero de frutiños, ni de regaño; mientras que el vecino no vio que la niña hubiese pasado la reja; finalmente, todo indica que la esposa del implicado siempre estuvo en el interior de la vivienda y que nada observó pues de haber sido como ella relata los hechos hubiese comentado lo sucedido cuando llegaron los familiares de la niña víctima, pero solo atinó a decir que su esposo «*no es así*».

## 12. CONCLUSIÓN

A los delitos sexuales se les llama de «*puerta cerrada*», «*de privacidad*», «*delito sin testigo*», «*delito oculto*», «*delito secreto*» o «*delito íntimo*», pues no hay personas alrededor ya que solo están presentes agresor y agredido, razón por la cual

adquiere especial importancia la declaración de la víctima, el análisis de indicios y la prueba de corroboración, en especial la periférica<sup>14</sup>.

Esta caracterización incide en la acreditación del delito, pues, como este tipo de conductas generalmente se consuman fuera de la vista de otra persona distinta a la víctima y su victimario, en entornos privados o ajenos a auscultación pública, es muy difícil contar con otros testigos directos de los comportamientos; adicionalmente, en muchos eventos, la agresión sexual no deja huella perceptible, o el paso del tiempo las borra, cuando la denuncia se presenta en forma tardía<sup>15</sup>.

En esta clase de episodios delictuales no es extraña la ausencia de testigos presenciales, salvo la propia víctima, toda vez que, por lo general, el agresor rodea su actuación de circunstancias propicias para la impunidad de ahí la relevancia de lo que exprese la persona afectada y su análisis en el contexto de la concreta situación<sup>16</sup>.

Sin embargo, la versión de la niña tiene coherencia interna y externa, su credibilidad no fue minada en el interrogatorio cruzado, su versión es corroborada periféricamente a través de las versiones de sus familiares más inmediatos quienes relatan un comportamiento que se compadece con una experiencia traumática; adicionalmente, las versiones de la esposa del implicado no resistió la controversia en torno a su credibilidad, y la declaración del otro testigo de la defensa no concuerda con la de la cónyuge el implicado; finalmente, el video solo corrobora la sinceridad del relato de la niña.

Ahora bien, la libertad sexual es la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar su comportamiento sexual; es la facultad que tiene la persona para autodeterminarse y autorregular su vida sexual<sup>17</sup>.

El acto sexual es actividad o movimiento físico encaminado a provocar la concupiscencia de otro o a satisfacer la del propio agente<sup>18</sup>. Es toda conducta que «*en sus fases objetiva y subjetiva, se dirige (...) a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles (...), y se consuman mediante la relación corporal (...)*»<sup>19</sup>, pero también se logra 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—<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> CSJ SP 7326-2016, rad. 45.585; CSJ SP 3332-2016, rad. 43.866; CSJ AP 5209-2019, rad. 50.821; CSJ SP 3644-2021, rad. 59.370; CSJ SP 2811-2022, rad. 58.410 de 10 agosto 2022; CSJ SP 3993-2022, rad. 58.187 de 14 diciembre 2022; CSJ SP 086-2023, rad. 53.097 de 15 marzo 2023.

<sup>15</sup> CSJ SP 3993-2022, rad. 58.187 de 14 diciembre 2022: «*Sobre esto último, piénsese, por ejemplo, en los eventos en donde el acceso carnal consistió en un acto de felación, que no generó cicatrices o lesiones; o cuando para dominar a la víctima se utiliza la violencia moral o psicológica, y el acceso se produce sin eyaculación en las cavidades; o en los eventos de himen elástico o complaciente; entre otros*».

<sup>16</sup> CSJ SP 4931-2019, rad. 54.166 de 13 noviembre 2019; CSJ SP 4814-2021, rad. 56.243 de 22 septiembre 2021.

<sup>17</sup> CSJ SP, 7 septiembre 2005, rad. 10.672; CSJ SP 859-2020, rad. 56.997 de 11 marzo 2020.

<sup>18</sup> CSJ SP, 8 marzo 1988. Arenas, Antonio Vicente. *Comentarios al código penal colombiano, Parte especial*, tomo II, Vol. 2, Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 40.

<sup>19</sup> CSJ AP, 27 julio 2009, rad. 31.715; CSJ SP 15269-2016 de 24 octubre 2016, rad. 47.640; CSJ SP 2894-2020, rad. 52.024 de 12 agosto 2020.

<sup>20</sup> CSJ SP, 27 jul. 2009, rad. 31.715; CSJ SP 2894-2020, rad. 52.024 de 12 agosto 2020; CSJ SP 2894-2020, CSJ SP 991-2021, rad. 54.547 de 24 marzo 2021.



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<sup>21</sup>, que desde un punto de vista objetivo pueda catalogarse por el común de los observadores al revelar comportamientos manifiestamente sexuales o conductas sexuales explícitas<sup>22</sup>.

Para la Corte, «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, 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»<sup>23</sup>. En fin, actos materiales de significación sexual o con acciones de significación intelectual de naturaleza sexual (enseñanza, consejos, exposiciones de imágenes, etcétera)<sup>24</sup>.

El acto sexual debe ser apropiado para estimular la lascivia del autor y de la víctima o, al menos, de uno de ellos. Debe ser idóneo no solo para excitar o satisfacer la lujuria de ambos sujetos del delito, o siquiera de uno de ellos. Tiene que revestir entidad significativa<sup>25</sup>.

La actividad sexual es aquella que, desde el punto de vista objetivo, pueda «catalogarse de esa manera por el común de los observadores al revelar comportamientos manifiestamente sexuales o conductas sexuales explícitas»<sup>26</sup>. 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<sup>27</sup>.

Los tocamientos, según el relato de la niña, tiene un carácter eminentemente sexual, pues la hace ingresar al interior de la tienda, se le hace por detrás a la menor le dice que está muy hermosa, linda, preciosa, **le acaricia con las manos los cachetes, realiza tocamientos libidinosos en los senos por encima de la ropa**, baja hasta su parte íntima que no logra tocar, porque la menor pone allí sus manos, y luego huye del lugar.

Así pues, se ha de confirmar la sentencia de condena.

<sup>21</sup> CSJ SP, 26 octubre 2006, rad. 25.743; CSJ SP 123-2018 de 7 febrero 2018, rad. 45.868; CSJ SP 2894-2020, rad. 52.024 de 12 agosto 2020.

<sup>22</sup> CSJ SP 123-2018 de 7 febrero 2018, rad. 45.868. En la sentencia CSJ SP, 5 noviembre 2008, rad. 30.305, se dio cuenta del caso del fetichista que toca los zapatos de una mujer o que lanza una trenza con ánimo libidinoso, lo cual no constituye delito. Muñoz Sabaté, Luis. *Sexualidad y derecho. Elementos de sexología jurídica*, Barcelona, España, 1976, p. 62.

<sup>23</sup> CSJ SP 2894-2020, rad. 52.024 de 12 agosto 2020.

<sup>24</sup> Creus, Carlos. *Derecho penal, Parte especial*, Tomo I, 4ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 215.

<sup>25</sup> CSJ SP rad. 25.743 de 26 octubre 2006.

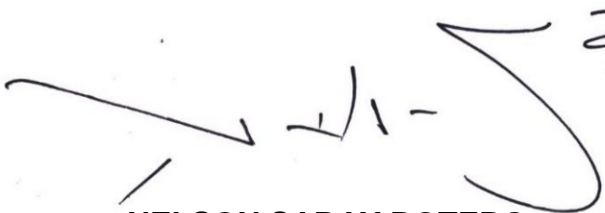
<sup>26</sup> CSJ SP 123-2018, rad. 45.868 de 7 febrero 2018.

<sup>27</sup> CSJ SP 2894-2020, rad. 52.024 de 12 agosto 2020; CSJ AP 3256-2021, rad. 58.557 de 4 agosto 2021.

**13. RESOLUCIÓN**

**LA SALA DE DECISIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, (i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena primera instancia, por las razones expuestas **(ii)** contra esta sentencia que se notifica en *Estrados* procede casación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NELSON SARAY BOTERO**  
Magistrado



**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
Magistrado



**SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA**  
Magistrado