



SALA PENAL

Sentencia de segunda instancia
Radicado. Nro. 050016000207201900047
Acusado: Pedro Antonio Rojas Montaña
Delito: Demanda de explotación sexual comercial
de personas menor de 18 años agravada y otros
Asunto: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma parcialmente y modifica
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Aprobada por Acta Nro. 144

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

Medellín, doce de diciembre de dos mil veintidós.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida el 28 de junio de 2021, por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Medellín, en la que declaró penalmente responsable, a título de autor, al señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** de la comisión del concurso de conductas punibles de Demanda de

explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad –simple y agravado– y Actos sexuales con menor de 14 años agravados, de conformidad con los artículos 217A numerales 4 y 5, 209 y 211 numeral 5 del Código Penal, asimismo lo absolvió por los reatos de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

Como consecuencia, le impuso una sanción principal de 227 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones pública por igual término al de la pena privativa de la libertad. Finalmente, no le concedió el subrogado y el sustituto penal por insatisfacción de sus requisitos legales.

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

De acuerdo con lo acreditado en el juicio oral y lo narrado por el Despacho de instancia, la conducta delictiva atribuida al procesado se presentó en las siguientes circunstancias espacio-temporales:

En la Carrera 104 Nro. 48B-06, interior 102, Barrio San Javier El Socorro La Agonía de la ciudad de Medellín, durante 7 años y hasta el 5 de enero de 2019, el señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** realizó tocamientos libidinosos en las partes íntimas (senos y vagina) y accedió carnalmente a la menor Y.A.G., diciéndole que no podía decirle a nadie acerca de lo sucedido, momentos en que estaba a su cuidado. Siendo el agresor su padre biológico y reconocido por esta como su abuelo.

En el mismo sitio, y para el año 2018, el señor **Rojas Montaña** le ofreció la suma de diez mil pesos a la menor M.V.R., quien es su nieta y contaba con 10 años de edad, para que se dejara tocar

sus partes íntimas –senos y entrepierna–, lo cual tuvo ocasión en reiteradas oportunidades, advirtiéndole que no le contara a nadie.

Por último, en el año 2018, al interior de su residencia, **Pedro Antonio** le hizo ofrecimientos a la menor L.V.R.V., nieta de 16 años de edad, para que se dejara hacer tocamientos lujuriosos en sus partes íntimas y a pesar de la respuesta negativa, en varias ocasiones intentó palparle los senos.

El día 17 de agosto de 2019 se llevó a cabo audiencia ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín¹, en la cual se legalizó el procedimiento de captura; al señor **Rojas Montaña**, se le imputó el concurso de delitos de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, Demanda de explotación sexual comercial en persona menor de 18 años agravado, y Acoso sexual agravado, de conformidad con los artículos 208, 209, 210, 211 numerales 2 y 5, 217A numerales 4 y 5 del Código Penal, cargos que no aceptó. En la misma diligencia se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

En la oportunidad legal, el delegado de la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación en contra de **Pedro Antonio Rojas Montaña** por los ilícitos de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado y Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años agravado², el cual correspondió para su conocimiento al Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Medellín³, ante el cual se desarrolló el juicio oral en

¹ Archivo digital denominado "004ActalImputacion".

² Archivo digital denominado "007EscritoAcusacion".

³ Archivo digital denominado "008Reparto"

sesiones del 30 de julio⁴, 13 de agosto⁵, 9 de septiembre⁶, 27 y 28 de octubre⁷, 10 y 16 de diciembre de 2020⁸; 12 y 19 de enero⁹, 27 de abril¹⁰, 28 de mayo¹¹ y 28 de junio de 2021¹², última fecha donde se emitió sentido del fallo de carácter condenatorio y absolutorio y se dio lectura a la sentencia en los términos antes señalados¹³, decisión que fue apelada por la Defensa¹⁴.

2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

La juez de primera instancia inició su sentencia sentando unas conclusiones –algunas derivadas de las estipulaciones probatorias–, para plantear dos problemas jurídicos a resolver: el relacionado con que se hayan presentado hechos de carácter sexual en contra de las menores Y.A.G., M.V.R. y L.V.R.V., y si el autor de estos era el señor **Rojas Montaña**.

Para dar respuesta al primer interrogante, recordó lo manifestado por Y.A.G., así como las demás pruebas recaudas, destacando que hay fuerza en su relato, coherencia interna y externa, por tanto, su versión es clara, desprevenida, sincera y ha sido reforzada con otros datos aportados, por tanto, concluyó que sí existieron los actos sexuales practicados sobre su cuerpo por el encartado.

Sin embargo, no es posible afirmar que se presentó alguna penetración, así fuere parcial. Luego mal haría en emitir condena por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, de ahí que haya degradado la conducta a la de Actos sexuales.

⁴ Archivo digital denominado "024ActaJuicio".

⁵ Archivo digital denominado "028ActaJuicio".

⁶ Archivo digital denominado "032ActaJuicio".

⁷ Archivo digital denominado "037ActaJuicio".

⁸ Archivo digital denominado "041ActaJuicio".

⁹ Archivo digital denominado "045ActaJuicio".

¹⁰ Archivo digital denominado "061ActaJuicio".

¹¹ Archivo digital denominado "066ActaJuicio".

¹² Archivo digital denominado "069ActaJuicio".

¹³ Archivo digital denominado "071Sentencia".

¹⁴ Archivo digital denominado "075ApelacionDefensor".

En relación con las manifestaciones de las menores M.V.R. y L.V.R.V., no hay dudas de que hubo un ofrecimiento del enjuiciado –dádivas, dinero o regalos– a cambio de dejarse tocar sus partes íntimas, siendo lo correspondiente determinar si con su actuar se configuró el delito de Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años, por lo que, de acuerdo con lo indicado en la Jurisprudencia especializada, se establece que el encartado al exteriorizar propuestas de contenido sexual a las menores incurrió en esta conducta punible.

No encontró relevantes las pruebas presentadas por la Defensa de cara a contrarrestar lo aportado por la Fiscalía, que incluso robustecieron algunos hechos indicados por los testigos de cargo.

Y no hubo pruebas con miras a disminuir la credibilidad de los dichos de las menores, de ahí que con apoyo en la prueba válidamente practicada y debatida en el juicio oral se desvirtuó la presunción de inocencia que ampara al acusado y se llegó al convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia de los delitos y de la responsabilidad penal del implicado, así como de la antijuridicidad de la conducta, sin que concurra alguna causal para atenuar su culpabilidad, siendo merecedor del reproche penal¹⁵.

3. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

El Defensor del señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia condenatoria y se le absuelva por duda razonable, pues considera como un “*error garrafal*” la condena por haber dado crédito a lo manifestado por las menores, cuando sus manifestaciones fueron

¹⁵ Archivo digital denominado “071Sentencia”.

mezquinas, incoherentes entre sí, sin ser espontáneas, y se dejó de lado la prueba de descargos donde se puede establecer un móvil para presentar una falsa denuncia en su contra –la falta de entrega de un celular de alta gama a la menor ofendida–.

Resalta que se normalizó el hecho de que la señora Luz Lenny hubiese tenido dos hijos con el procesado, así como que nadie en el inmueble se percatara de los hechos materia de investigación – cuando cohabitaban entre 5 y 6 adultos y 4 menores de edad–, y que la menor Y.A. al parecer fuera violentada en su integridad por otra persona.

En relación con las versiones de M. y L. tampoco las encuentra contestes para el juicio de reproche por el ilícito de Demanda de explotación sexual, pues no son claras en que dicho ciudadano les haya solicitado algún tipo de servicio sexual, además de las contradicciones que se hallaron en ellas.

Luego de recordar el contenido de los artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal, insiste en que se les dio credibilidad a los dichos de las menores sin tener en cuenta las contradicciones en las que incurrieron, además de lo manifestado por los testigos de descargos, con lo cual se generan dudas de que el enjuiciado cometiera las conductas.

Señala algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional para concluir que el convencimiento al que llegó la juez de primera instancia fue limitado frente a una valoración de las pruebas en su conjunto, sin darle crédito a los testigos de descargos, y sin estudiar la posibilidad de que fuese una falsa denuncia.

De manera concreta, se refiere a la falta de prueba acerca de las lesiones auto infringidas por Y.A., y de sus inconvenientes académicos, ni se demostró que tuviera problemas de comportamiento.

Acerca de la posibilidad de realización de las conductas punibles habiendo otras personas en la casa, consideró que en el amplio lapso en que ocurrieron los supuestos vejámenes sexuales no es dable que nadie se percatara, máxime cuando allí vivían otras personas que permanecían todo el tiempo en el inmueble, la seguridad eran cortinas, y la habitación de una de las menores era el ingreso para el segundo piso, sin que con base en la relación afectiva que tuvo Luz Lenny con el encartado se pueda afirmar que era normal lo que sucedía.

No encuentra probable que el acusado estuviera sólo con las supuestas víctimas por varias razones: sus jornadas laborales, la presencia de otras personas en el inmueble, la edad del enjuiciado, y el antecedente existente de este tipo de situaciones con otra persona miembro del grupo familiar. Por lo que insiste en que es dable pensar en el ánimo vindicativo de la señora Luz Lenny.

Frente a los posibles tocamientos a la menor Y.A., refiere que a partir de su declaración se puede extraer que al parecer fue víctima de estos ultrajes por un compañero permanente que tuvo su mamá, y no es posible aceptar que hayan sido concomitantes con los presuntamente efectuados por el procesado, siendo confusa la situación que genera dudas.

Respecto de M.V.R. encuentra que de las preguntas realizadas en el contrainterrogatorio se puede extraer que el enjuiciado no le ofreció dinero para tocar sus partes íntimas, por lo que no se

vulneró el bien jurídico tutelado ni se incurrió en el delito tipificado en el artículo 217A del Código Penal, de ahí que no se haya hecho una valoración integral de su testimonio, dejando de lado el elemento de lesividad pues no sería proporcional condenar a una persona por unos hechos tan efímeros y que no repercuten en la voluntad del Legislador pues el castigo es para las personas que exploten a los menores, sin que además se encuentre en el actuar coacción u hostigamiento relevante que refleje estar ante un caso de índole sexual.

De acuerdo con los dichos de L.V.R.V. tampoco se puede establecer la realización del delito por el que fue acusado, en tanto no se le vulneró su integridad sexual, al punto de que ni siquiera se hizo un ofrecimiento concreto, sin que tampoco sea creíble que el acusado haya intentado tocarle sus senos dada su edad, y la presencia de su prima Y.A. en la habitación y de otras personas en la casa, además de que sólo con su negativa ya el encartado se haya ido del sitio. Por tanto, todo quedó en su fuero interno, lo que es insuficiente para configurar el delito de demanda de explotación sexual, al no vulnerar el bien jurídico tutelado.

Seguidamente trae a colación algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia relacionados con un estudio dogmático del delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, para arribar a la conclusión de que se presentan dudas acerca de la responsabilidad penal del enjuiciado en los hechos.

Por lo anterior solicita que se absuelva al señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** por los delitos de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravados, Actos sexuales con menor de 14 años y Demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años¹⁶.

¹⁶ Archivo digital denominado "075ApelacionDefensor".

4. CONSIDERACIONES:

La competencia del Tribunal se restringe en esta oportunidad a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, extendida desde luego a los que le estén vinculados en forma inescindible, sin que advierta irregularidad alguna en el trámite, y menos aún, con la entidad suficiente para generar la invalidación de lo actuado. En consecuencia, resulta viable abordar el estudio de fondo del asunto.

Igualmente debe precisarse que, por tratarse de apelante único, rige plenamente el principio de no reforma en peor, conforme al inciso segundo del artículo 20 del Código de Procedimiento Penal.

La apelación propuesta por el Defensor se dirige a efectuar reparos frente a la decisión de primera instancia respecto de la valoración probatoria realizada mediante la cual la Juez de Primera instancia llegó a la conclusión, más allá de toda duda, acerca del hecho y de la responsabilidad penal del señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** en la comisión del concurso de delitos de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad –simple y agravado– y Actos sexuales con menor de 14 años agravados cuyas ofendidas son las menores Y.A.G., M.V.R. y L.V.R.V., de ahí que se debe constatar si conforme con el caudal probatorio se impone proferir una sentencia absolutoria –tal como lo solicita la parte recurrente– o si, por el contrario, debe impartirse la confirmación del fallo condenatorio.

Se ha de comenzar por precisar que, como suele ocurrir en la generalidad de los procesos que se adelantan por atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales, se carece de

testigos directos ajenos a los protagonistas del hecho, razón por la cual el testimonio de las víctimas adquiere gran importancia, sin que por su sola condición de único pueda ser desestimado, pues debe ser valorado bajo los postulados de la sana crítica y confrontado con las demás pruebas existentes para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o lo apoyen, para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio.

La defensa emprende su cometido con miras a desacreditar la prueba de cargo, haciendo unos reparos concretos a la sentencia respecto de la indebida valoración probatoria realizada a los testimonios aportados en desarrollo del juicio oral, los cuales considera no tienen la entidad suficiente para emitir el correspondiente juicio de reproche en contra del señor **Pedro Antonio Rojas Montaña**.

Pese a ello, un estudio de la sentencia, así como del acervo probatorio, no permite advertir que los errores enunciados por la recurrente tengan la trascendencia que ha pretendido darles, por lo cual de una vez se anuncia que la decisión recurrida será confirmada. Siendo necesario indicar, que se incurrió en una afectación del principio de congruencia entre la formulación de imputación y la acusación acerca del delito endilgado al procesado respecto de la menor L.V.R.V., situación que impera la intervención de esta Corporación para corregir el yerro advertido, tal como más adelante se explicará.

Inicialmente debe señalarse, que desde tiempo atrás, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que las manifestaciones o atestaciones de los menores de edad que presuntamente han sido víctimas de atentados o vejámenes contra su libertad e integridad sexual, no son por sí solas creíbles y, con base

únicamente en ellas, emitir sentencia de condena; por el contrario, tales manifestaciones deben ser valoradas sin prejuicios y atendiendo a las reglas de la sana crítica.

En esa misma línea jurisprudencial se ha precisado que debe existir una corroboración de sus dichos al ser contrastados con los demás medios probatorios. Al respecto, ha dicho la Alta Corporación en lo penal:

*“En cuanto a la credibilidad de las manifestaciones de los niños, la Sala ha clarificado el entendimiento equivocado que en ocasiones le han dado los operadores judiciales a una cita descontextualizada de la CSJ SP, 26 ene. 2006, rad. 23706, que «el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales». Ello porque no debe tomarse como un criterio de autoridad **que siempre las manifestaciones de los menores merecen crédito, pues lo que corresponde al juez en cada caso es valorarlas bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción.***

Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad, o de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie juntillas sus relatos.

*Ciertamente, en decisión CSJ SP, 23 feb 2011, rad. 34568, se indicó que como cualquier testigo, **los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004** en cuanto a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contra-interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.*

También en sentencia CSJ SP, 11 may. de 2011, rad. 35080, se advirtió que en ciertas ocasiones, al igual que los adultos, los niños pueden mentir, tergiversar o alterar los hechos, atendiendo a algún interés o incluso por manipulación de alguien, pero «lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables».¹⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto)

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP880 del 30 de enero de 2017, radicación 42.656.

La Corte Suprema de Justicia además ha planteado la existencia de tres reglas fundamentales para determinar la veracidad o no de los hechos narrados por la víctima menor de edad, aspectos estos que han sido de permanente recurrencia por esta Sala para el análisis de casos similares al que nos concita, en cumplimiento del llamado que en tal sentido ha efectuado reiterativamente la Alta Corporación:

“a) Que no exista incredulidad 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”¹⁸.

Es a partir de estas perspectivas que esta Sala de Decisión abordará el estudio de las manifestaciones de las menores ofendidas con miras a establecer si en el presente asunto se cuenta con prueba que permita otorgar credibilidad a sus dichos, de manera que se llegue al grado de convicción suficiente para la emisión de una sentencia adversa a los intereses del acusado o que ello sea insuficiente, o por lo menos dé cabida a duda y deba acogerse la posición de la defensa.

La exigencia de tales perspectivas nace a partir del cuestionamiento acerca de la posible sospecha de parcialidad que puede tener en las resultas del proceso el sujeto pasivo del injusto. Algunos tratadistas¹⁹ han considerado a la víctima como un testigo sospechoso de falta de objetividad al hacer el recuento de la situación vivida, por cuanto se espera que sostenga su incriminación hacía el procesado, pero que al realizar su narrativa estén presentes

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de abril 11 de 2007, radicado 26.128.

¹⁹ Al efecto puede observarse los Doctrinantes: Carlos José Antón Mittermaier, Tratado de la prueba en materia comparada. Pág. 349; Raquel López Jiménez, La prueba en el juicio por jurados. Págs. 123 y 124; Orlando Alfonso Rodríguez Ch., El testimonio penal y sus errores: Su práctica en el juicio oral y público, Págs. 231 y 232.

circunstancias derivadas de un posible resentimiento o animadversión en contra del señalado por la ofensa que padeció.

Para el tratadista nacional Orlando Alfonso Rodríguez Chocontá el testimonio de la propia víctima puede contar con la fuerza suficiente para derruir la presunción de inocencia que cobija al procesado, siempre *“que esté despojada de conjeturas, sospechas o imprecisiones. En este caso, se deben descartar los móviles de resentimiento, enemistad, odio, etc., que le resten credibilidad; y siempre que no se trate de testimonio único y además esté respaldado por otros medios de prueba, por lo que se puede generar en el juez de conocimiento más allá de toda duda razonable”*²⁰.

Posición a la que alude Jordi Nieva Fenoll cuando reclama *“la necesidad de que exista ausencia de incredibilidad subjetiva en el testimonio debida a móviles espurios en el declarante, existencia de corroboraciones periféricas y persistencia en la incriminación, que es lo mismo que decir coherencia en el relato de la víctima. Es decir, que no se desdiga ni se contradiga”*²¹.

Partiendo de los anteriores presupuestos, y para una mejor comprensión del asunto, se abordará el estudio de las conductas punibles por las cuales finalmente fue condenado el señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** de la siguiente manera: primero frente a la de Actos sexuales con menor de 14 años agravados cometido en contra de Y.A.G.; posteriormente se abordará el de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad agravado realizado sobre M.V.R.; y, por último, el de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad simple cuyo sujeto pasivo fue la menor L.V.R.V.

²⁰ Rodríguez Ch., Orlando Alfonso. El testimonio penal y sus errores: su práctica en el juicio oral y público. Editorial Temis. Segunda edición. 2005. Pág. 232.

²¹ Nieva Fenoll, Jordi. La valoración de la prueba. Marcial Pons. 2010. Pág. 248 y 249.

Así entonces para analizar lo correspondiente al delito de Actos sexuales con menor de catorce años agravado realizado en contra de la menor Y.A.G., se debe partir de la declaración rendida por ella, quien fue enfática en decir que desde cuando tenía 7 años y hasta los 14 fue objeto de tocamientos en su cuerpo por parte de **Pedro Antonio**, a quien se refiere como su abuelo, situación que no se la había manifestado a nadie sino hasta que observó que lo mismo le estaba sucediendo a sus primas.

De manera precisa, se refirió a que los tocamientos se los practicó en *“las tetas y la vagina”*, ya que *“me tocaba con el coso de él”*, el cual posteriormente se estableció por la misma menor que era el miembro viril masculino, y finalmente precisó: *“con su pene me tocaba a mí la parte íntima, la vagina por dentro”*. Estos sucesos se presentaban generalmente en horas de la noche, cuando ella estaba durmiendo, pero también en horas del día cuando sus hermanos estaban jugando y ella se encontraba sola.

En su relato, la infante describió que los hechos ocurrieron en tres ubicaciones diferentes. La primera, cuando residía junto con su madre, el compañero permanente de esta y sus hermanos. Luego, se trasladaron a vivir a la casa de su abuela, que era un tercer piso, donde su madre vivía en una habitación con su compañero permanente, y ella en otra con sus hermanos. Finalmente, el tercer lugar, se trata de un apartamento de 3 habitaciones.

Asimismo, explica que su abuelo –o don **Pedro**, usando las palabras de la víctima– laboraba en un “coso” de construcción, y los cuidaba mientras su mamá trabajaba en un restaurante, por lo que llegaba tarde en la noche.

En esta oportunidad, el testimonio de la ofendida no puede perder su credibilidad por la sola condición de víctima, debiéndose proceder a su valoración con fundamento en los postulados de la sana crítica y su confrontación con las demás pruebas, para lo cual deberán tenerse en cuenta los criterios que para su apreciación ha contemplado el Legislador en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004²².

Atendiendo al relato puesto de presente, lo primero que debe indicarse es que para esta Sala de Decisión no existe reparo alguno sobre las condiciones cognitivas y de sanidad de la menor ofendida, que le hubiesen impedido percibir por sí misma lo ocurrido. Recuérdese que la menor Y.A.G. nació el 13 de septiembre de 2004²³, por lo que tal como lo indicó, el agravio lo sufrió desde cuando tenía 7 años hasta el 5 de enero de 2019 –día en el cual ya contaba 14 años–, sin que se advierta ningún defecto en su memoria que le impidiera percibir correctamente lo sucedido y después rememorarlos, salvo las condiciones naturales del proceso de aprendizaje al que se encuentra vinculada, incluso en la actualidad, el que, conviene resaltar, conforme lo indicado por el psicólogo de la Comisaría de Familia de El Bosque, Uriel Giraldo Jiménez, su nivel de escolaridad es inferior al de una persona de su edad, situación que sustenta los vacíos en su relato y la precisión sobre los tocamientos y abusos de los que fue víctima, sin que ello de ninguna manera desvirtúe o haga descartar el relato de lo vivido.

Ahora bien, como se indicó en el antecedente jurisprudencial traído a colación, como parte del análisis que debe realizarse de la declaración de las menores víctimas, esos testimonios

²² **Artículo 404. Apreciación del testimonio.** Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

²³ Circunstancia que fue objeto de la estipulación probatoria Nro. 2.

deben contar con prueba que los corrobore, ratifique o complemente, no solo desde una perspectiva *ex ante* en la que se pueda concluir la falta de animadversión o rencor entre la agredida y el acusado, sino además desde una perspectiva *ex post* donde se verifiquen aspectos que den credibilidad al testimonio rendido por la víctima.

En este punto, contrario a lo que puede sugerir la apelante en su recurso, encuentra esta Sala de Decisión que de la prueba testimonial practicada en el juicio oral no se desprende en modo alguno que existiera un sentimiento de animadversión o venganza por parte de Y.A.G. para con el señor **Rojas Montaña** que lleve a entender que la menor inventó la versión de los tocamientos de los que dijo haber sido víctima, para perjudicar injustamente a su pariente.

Aunque el recurrente intente poner de presente algún tipo de animadversión de esta víctima hacia el encartado, por al parecer contar con un móvil para lanzar unas presuntas falsas acusaciones en su contra –la falta de entrega de un celular de alta gama–, esta situación por sí sola no se encuentra demostrada dentro de la actuación, pues se parte del hecho de que Y.A.G. en el contrainterrogatorio hizo hincapié en que no era cierto que hubiera decido contar lo sucedido por esta circunstancia.

Además, a pesar de que las testigos *Teresita de Jesús García y Yuri Paola Rojas García* hayan puesto de presenta esta situación –al narrar que la menor le manifestó al acusado que pagaría caro por no regalarle un celular–, lo cierto es que estas personas también fueron claras en advertir que el suceso del celular fue de su conocimiento no por haberlo presenciado de manera directa, sino porque el señor **Pedro Antonio** les contó, hecho que permite entender que el posible móvil del celular bien puede ser un elemento distractor

para justificar los señalamientos en su contra por su actuar lujurioso en contra de la víctima e intentar crear una coartada.

Por tanto, el móvil traído a colación por la defensa no tiene la suficiencia demostrativa ni argumentativa para advertir animadversión o ánimo vindicativo por parte de la menor o de su progenitora hacia el encartado, que sea de tal envergadura que implique una falsa acusación en su contra pues, se insiste, tal como quedó demostrado en el juicio oral, denota más un intento de justificación del enjuiciado por exonerarse de la responsabilidad penal derivada de los señalamientos efectuados en su contra.

La jurisprudencia especializada traída a colación en párrafos precedentes, considera como necesario contar con elementos o pruebas que permitan corroborar, ratificar o complementar las manifestaciones de las menores víctimas de delitos sexuales, situación que de manera particular para el reato de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado cometidos en contra de Y.A.G. se encuentran y permiten darle total crédito a sus dichos y descartan completamente una presunta mendacidad de su relato.

En el orden cronológico en que intervino cada uno de los testigos y en el cual abordaron a la ofendida, inicialmente se tiene la declaración rendida por su madre, la señora *Luz Lenny García*, quien al conocer de los hechos de manera directa abordó a Y.A.G. para indagarle acerca del abuso realizado por **Pedro Antonio**, y recibió una respuesta positiva por parte de su hija, al punto que le señaló que estos hechos se venían presentando por un largo tiempo, por este motivo, lo denunció en la Comisaría de Familia y ahí se activó el Código Fucsia.

Esta testigo también hace una descripción de los cambios comportamentales de la menor, de tal suerte que indicó que su hija ha sido muy aislada, muy callada, le cuesta socializar, un día intentó cortarse con una cuchilla las manos, desmejoró su nivel académico, al punto de que perdió el año escolar que cursaba. Narró que en una ocasión le preguntó a Y.A. qué le pasaba, para tratar de tener una explicación y sin responder *“simplemente se le salían unas lagrimotas”*.

Adicionalmente, de su declaración se pueden ratificar las tres residencias que tuvo la familia y que fueron referidas por la menor como los lugares en los cuales ocurrieron los tocamientos en su cuerpo, así como la relación sentimental –que incluía convivencia– que tuvo con otro hombre.

Luego de instaurada la denuncia se trasladó con la menor hacia la Unidad Intermedia de San Javier, donde fue atendida por la galena *Nathalie Zamorano Ferrer*, quien también fue testigo en el juicio oral y aceptó haber realizado consulta médica a Y.A.G. por el presunto abuso realizado por el compañero permanente de su abuela; en el relato, la menor indicó que había sido penetrada en el área genital y le había hecho tocamientos en esta área y las mamas, con un episodio último menor a las 84 horas, por lo que en el examen genitourinario encontró himen ovalado complaciente –que significa que tiene capacidad elástica y en caso de alguna penetración puede no generar lesiones– además de un eritema –o enrojecimiento– en el área genital.

Descripción médica que coincide completamente con el relato de Y.A.G. acerca de la última realización de los vejámenes sexuales a la que estuvo sometida por parte del enjuiciado.

Asimismo, declaró el psicólogo de la Casa de la Justicia El Bosque, *Uriel Giraldo Jiménez*, quien recordó haber recibido a la ofendida, y encontrado en ella a una menor con un nivel de escolaridad menor al de otra adolescente, quien se refería a su abusador como su abuelastro –y no como su padre biológico– llamándole la atención la forma como narró lo sucedido –en tanto habló del “coso” y las partes íntimas– encontrando en su discurso distanciamiento afectivo hacia esta persona. Como conclusión del abordaje que tuvo con la menor pudo establecer desde el punto de vista psicológico que sí se podía acreditar que la menor Y.A.G. fue abusada sexualmente.

A través de los testigos presentados por la Defensa, señores *Walter Giovany Llano Aroca* –fotógrafo forense– y *Hernán Darío Restrepo Londoño* –topógrafo– se cuenta con suficiencia demostrativa acerca de las reales condiciones del inmueble donde residían el hoy procesado y en su momento la menor Y.A.G. junto con su grupo familiar, pues ellos dieron cuenta sobre la organización del inmueble, las habitaciones que lo conformaban y la distribución de las camas que había.

De acuerdo con las anteriores deponencias, para la Sala, contrario a lo planteado por la defensa, sí se cuenta con prueba que permite ratificar y corroborar los dichos de la menor y permiten otorgarle el crédito suficiente y necesario, pues inicialmente con la madre se pueden establecer las distintas residencias que tuvo la familia y las cuales fueron detalladas por la víctima en su relato –y de manera precisa cuando residieron en el piso superior del inmueble de su abuela, coincidiendo con la habitación en la que dormían, y que era compartida por sus hermanos–, así como la convivencia de su progenitora con otro hombre durante un tiempo. Con la médica general del servicio de urgencias que llevó a cabo el examen a la

menor se encontró un rastro –eritema– que es coincidente con la manipulación del área genital dentro del tiempo indicado por la menor. Con el psicólogo evaluador, se pueden advertir las deficiencias y afectaciones emocionales de la menor Y.A.G. luego de ocurridos los hechos –que huelga recordar, ocurrieron por 7 años–. Y con los investigadores de la defensa, se tiene coincidencia plena entre los sitios en los que se produjeron los vejámenes sexuales y la real ubicación de los lugares donde pernoctaban los residentes de la casa.

Se debe hacer especial mención de que hay homogeneidad y persistencia en el relato de Y.A.G. acerca de los abusos sexuales de los que fue objeto y de su autor, que no es otro que el señor **Pedro Antonio Rojas Montaña**. Situación que hace perfectamente creíble su versión, no siendo posible poner en duda sus aseveraciones, dada precisamente la claridad y persistencia en sus dichos, aunado a la prueba de ratificación y corroboración que se puso de presente.

Y aunque el recurrente pregone la existencia de contradicciones o imprecisiones que no permitirían llegar al conocimiento más allá de duda razonable, en los términos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, lo cierto es que, en este caso en particular, dicha alegación no cuenta con respaldo probatorio de ninguna naturaleza.

La censura efectuada del apelante acerca de la falta de elementos que soporten las autolesiones infringidas por la víctima o los problemas académicos, no es más que un intento por invocar una especie de tarifa legal, olvidando por completo que en el sistema penal con tendencia acusatoria que regula la Ley 906 de 2004 está proscrita, pues se estableció el principio de libertad probatoria²⁴, ya que los

²⁴ Artículo 373 de la Ley 906 de 2004.

hechos y circunstancias propios para dar una solución correcta del caso pueden ser probados por cualquiera de los medios consagrados en la legislación nacional. En ese sentido, el fallador no puede exigir una actividad probatoria específica, toda vez que a partir de los elementos aportados en el juicio debe llevar a cabo el proceso de apreciación probatoria y con él crear el convencimiento acerca de la ocurrencia o no de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado en el mismo.

Así se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Es claro que ni los sujetos procesales están atados por determinado medio para hacer valer sus pretensiones, ni el funcionario judicial puede exigir de una específica actividad probatoria para fundar su decisión, en el entendido, huelga resaltar, que al conocimiento necesario para llegar al convencimiento de lo ocurrido y consecuente participación del acusado, se puede llegar por múltiples caminos, siempre que ellos se traduzcan, como exige la ley, en prueba legal, regular y oportunamente aportada al proceso”.

(...) Desde luego, no desconoce la Sala que en ciertos eventos resulta más contundente o efectivo determinado medio, dada su capacidad suasoria. Pero, se repite, de allí no se sigue que ese sea el único recurso legal para demostrar el hecho, o que, allegados otros medios pertinentes y conducentes, ellos no sean suficientes por sí mismos para producir el efecto de convicción buscado por la parte.

En todos los casos, como por lo demás perentoriamente lo exige la ley, es obligatorio verificar el alcance demostrativo de cada medio en particular y luego articularlo con el conjunto de pruebas, para de esta forma, en seguimiento de los postulados que signan la sana crítica, llegar a la decisión que resuelve el conflicto”²⁵.

Es por lo anterior, que la prueba de ratificación y corroboración de la que ya se hizo mención, permite dar pleno crédito a la versión de los hechos y de la autoría del señor **Rojas Montaña** dada por la menor Y.A.G.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de abril de 2012. Radicado 33920.

Por último, conviene mencionar los reparos relacionados con el antecedente familiar presentado entre el encartado y la madre de la víctima, los extensos horarios laborales del procesado y el posible atentado sexual sufrido por la menor pero realizado por un tercero.

En relación con el primero, se indica por el recurrente que dada la relación que se presentó entre la señora Luz Lenny Rojas y el señor **Pedro Antonio**, frente a la que se procrearon dos hijos – Mateo y Y.A.–, la familia debía haber prestado mayor cuidado al comportamiento del acusado para evitar la repetición de su comportamiento de generación en generación, situación que en su sentir no resulta ilógica y lleva a que no sea posible la realización de los actos libidinosos en contra de esta víctima –o de alguna otra–.

Conforme con lo anterior, lo realmente planteado es una regla de la experiencia, las cuales han sido descritas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia *“como definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. (CSJ SP9111-2016, 6 jul. 2016, rad. 46454)”*²⁶ y pueden producir fiabilidad suficiente para que el fallador adquiera el conocimiento necesario, bien para emitir un juicio de reproche en contra del justiciado o bien para exonerarlo de la posible responsabilidad penal que pueda tener en el hecho enrostrado.

La Alta Corporación también ha sido enfática en advertir que las reglas de la experiencia no pueden *“consistir en la percepción particular de quien la formula o en especulaciones carentes de*

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP690 del 27 de febrero de 2019. Radicado 53646.

*objetividad. Para que se pueda considerar como tal, es preciso demostrar que el enunciado expuesto se aplica de forma más o menos uniforme en el mundo material o histórico social” (CSJ AP, 30 jun. 2006, rad. 21321)²⁷. En ese sentido, quien espera presentar su argumento para soportar su teoría del caso basado en esta regla – evitando así que no se convierta en un conocimiento privado del juez, el cual no puede ni debe ser admitido dentro del proceso penal con tendencia acusatoria– debe realizar un ejercicio suficiente de tal manera que se presente como una operación lógica de “*siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B*”²⁸.*

De lo probado en el juicio oral, el argumento traído a colación no encuentra con suficiencia demostrativa para consolidar que se está en presencia de una regla de la experiencia que soporte una hipótesis plausible de la exoneración de la responsabilidad del encartado, lo anterior debido a que al realizar un análisis desde una perspectiva *ex ante* y *ex post* de las relaciones familiares se llega a una conclusión diametralmente opuesta.

Así, entonces, aunque se diga por los declarantes que la señora Teresita de Jesús García por su oficio de ama de casa permanecía todo el día dentro de su residencia y estaba atenta a lo que allí ocurría, por lo que no sería posible que se presentara un hecho de tal naturaleza sin que se diera cuenta o que no se presentara una posibilidad –así fuera mínima– para su ocurrencia, lo cierto es que tal raciocinio no es acertado, pues también se indicó por los integrantes de la familia, señoras *Luz Lenny García, Teresita de Jesús García y Yuri Paola Rojas García*, que el señor **Pedro Antonio** es el padre biológico de Mateo y Y.A.G., fruto de una relación con la señora Luz Lenny –la cual no se logró establecer si fue consentida o no y además tampoco es del objeto del presente proceso, pues no

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto AP4064 del 29 de junio de 2016. Radicado 46318.

hace parte de los hechos jurídicamente relevantes por los cuales se adelanta la actuación y mucho menos un elemento a probar en esta oportunidad–.

En ese contexto, hay un antecedente familiar entre el acusado y una de las hijas de la señora Teresita de Jesús García, durante su relación marital de hecho con esta última, en la que hubo contacto sexual al punto de que se procrearon dos hijos, con tres años de diferencia entre ellos –se insiste en que su consentimiento no hace parte de la presente actuación y lo demostrado habla de la dinámica familiar–.

Es pertinente enfatizar en que en un primer momento la señora Luz Lenny –hija de Teresita y compañera permanente del encartado– procreó a Mateo, y la familia tuvo conocimiento de esta situación. Sin embargo, tres años después, se presentó nuevamente una situación de esta naturaleza en la cual nació la menor Y.A.G., lo anterior significa que el comportamiento del señor **Rojas Montaña** se repitió nuevamente con Luz Lenny y con un espacio de 3 años, aun teniendo conocimiento la familia, por lo que la situación familiar no soporta la regla de la experiencia del supuesto especial cuidado que tuvo o debía tener la compañera permanente del procesado por más de 27 años en la realización de este tipo de acciones.

Lo anterior se debe entrelazar con un análisis *ex post* frente al atentado sufrido por la menor Y.A.G., en el sentido de que el mismo se repitió con esta menor de edad –tal como ya se analizó– durante 7 años, y además se presentó con otras dos menores que integran el núcleo familiar, estas son, con M.V.R. y L.V.R.V., tal como lo indican los hechos jurídicamente relevantes por los cuales fue acusado y por los cuales se adelantó el juicio oral, el que será analizado de manera particular más adelante, pero para este

momento impera concluir que el comportamiento del señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** se ha reiterado incluso ante el conocimiento de su grupo doméstico.

Por tanto, al afirmar que las reglas de las experiencias son juicios hipotéticos de carácter general y universal, para este caso concreto, la prueba aportada no permite sustentar que lo planteado tenga esas características, por el contrario, lo demostrado implica que los hechos sucedieron en el seno del hogar, incluso después de ocurrida una situación similar, con presencia de otras personas al interior del inmueble y aun así se repitió el comportamiento del procesado **Rojas Montaña**, en contra de una de sus hijas biológicas.

En otras palabras, no es lógico ni cierto pensar que no se hayan podido presentar situaciones de abuso sexual una vez ocurrido un primer suceso con otra persona de su grupo familiar, cuando la prueba recaudada permite llegar a una conclusión opuesta que elimina la regla de la experiencia planteada por el censor, e impide que su reproche prospere.

El otro reparo efectuado por el recurrente, se limitó a los extensos horarios laborales que tenía el señor **Pedro Antonio** en su actividad de ayudante de construcción.

Sin embargo, a pesar de que con los testigos *Maritza Ramos Flórez* y *Jorge Iván Sánchez* –vecinos del procesado– se haya demostrado que el encartado salía aproximadamente entre 4:30 y 5:00 de la mañana de su casa, con un horario estimado de regreso a las 7:00 de la noche, lo cual tiene consonancia con lo manifestado por las señoras *Teresita de Jesús García* y *Yuri Paola Rojas García*, no se puede olvidar que la menor Y.A.G. fue clara e inequívoca en señalar que los abusos sexuales de los cuales fue objeto ocurrieron

“mayormente en la noche”, cuando sus hermanos se encontraban dormidos, y relacionó la ocurrencia de los hechos con los horarios laborales nocturnos que tenía su madre, por lo que precisamente el acusado los cuidaba mientras ella regresaba a casa.

Se debe agregar, además, que L.V.R.V. en su declaración narró que una noche que amaneció en la casa de su abuelita Teresita de Jesús García, el señor **Pedro Antonio** —de quien se refiere como el marido de su *mamita*—, entrada la noche, cuando ella estaba dormida, la levantó y le realizó unos ofrecimientos y tocamientos (que se abordarán a profundidad posteriormente). Lo cual corrobora el actuar nocturno del procesado.

Esta víctima también recordó que algunos de estos hechos ocurrieron en la tarde, cuando sus hermanos jugaban, situación que como se analizó en precedencia, es perfectamente posible dado el desinterés de la familia con el actuar de cada integrante, entre ellos el encartado. Además de los dos años aproximados que señaló la señora Teresita de Jesús en que su consorte estuvo en la casa por la incapacidad médica derivada de una cirugía de prótesis de cadera.

Por tanto, la afirmación de que tenía extensos horarios tampoco le impedía la ejecución de la conducta punible, en tanto lo realmente probado permite arribar a un convencimiento contrario, por cuanto los hechos en su mayoría ocurrieron en horario nocturno y porque el señor **Pedro Antonio** estuvo dos años continuos en su residencia en razón de sus patologías —que tampoco impidieron la realización de los tocamientos de contenido sexual sobre el cuerpo de la menor Y.A.G.—.

El último aspecto a abordar, se relaciona con los posibles abusos sexuales que soportó Y.A.G. por parte del señor Carlos Alberto Pineda, sin embargo, a pesar de que la víctima los mencionó, fue clara en decir que fueron dos sus agresores, de un lado el acusado y por otro esta persona, así entonces, hay persistencia en el señalamiento efectuado por la víctima en contra de **Rojas Montaña**, sin que puede confundirse con los presuntos tocamientos de otra persona cuando la claridad de su relato y la prueba de corroboración periférica permiten otorgarle plena credibilidad acerca de lo ocurrido.

Como conclusión parcial de todo lo anterior, encuentra la Sala que en el presente proceso existe prueba suficiente para sustentar y emitir juicio de reproche en contra del señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** por la comisión de la conducta punible de Actos sexuales con menor de catorce años agravados en contra de la libertad, integridad y formación sexual de la menor Y.A.G., sin que los planteamientos de la Defensa tengan la entidad suficiente para llevar a una determinación diferente.

Superado lo anterior, se debe realizar el estudio de la comisión del delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad agravado en contra de M.V.R., pues el recurrente centra su discurso en que en momento alguno hubo ofrecimiento por parte del procesado para obtener algún beneficio de índole sexual, situación que, de haberse hecho un estudio integral, deja de lado la lesividad del bien jurídico y hace desproporcional una condena en contra del enjuiciado.

Tal como se plasmó en párrafos anteriores, para el análisis de este tipo de delitos se debe partir de la narrativa expuesta por la víctima del injusto, por lo que debe recordarse que en el juicio

oral se escuchó a la menor M.V.R. quien al tener claro que fue citada para contar lo sucedido con **Pedro** –el esposo de su abuela Teresita–, expuso que él le decía que le daba plata si se dejaba tocar en sus partes íntimas, frente a lo cual siempre se negó.

También fue clara en indicar que dichos ofrecimientos en alguna ocasión fueron en presencia de su prima H. –también menor de edad–, cuando ambas estaban en la casa de su mamita y se encontraban en la residencia otros familiares –dos primas, su hermana, un primo, dos tíos, su abuelita y ella–.

Al describir las partes íntimas refirió que se trataba de los “*senos y la cuca*”, siendo la “*cuca*” la entrepierna.

No sobra recordar que también hizo mención a la distribución del inmueble de su abuela, a su horario de estudios, y a la presencia del encartado en el sitio –unas veces cuando iba de visita estaba y en otras no–.

Se insiste en que el testimonio de la víctima no puede ser descartado por el simple hecho de ostentar la calidad de sujeto pasivo de la conducta punible, y para ello, tal como se indicó en precedencia, se han establecido algunos criterios que permitan dar crédito a los dichos de la víctima.

Se partirá del hecho de que no se acreditó alguna circunstancia de animadversión, enemistad o desavenencia alguna entre el señor **Pedro Antonio** y la menor ofendida; mucho menos se puede indicar que la víctima tenga alguna merma en su desarrollo cognitivo o de sanidad que haga limitar o entrever alguna disminución en la percepción de los hechos, en tanto, es una menor de 12 años de edad, se encuentra escolarizada, y en su relato realizó una

descripción detallada de las dinámicas de su hogar, de lo ocurrido y de cómo estaba distribuida la casa de su abuela Teresita de Jesús García.

En relación con la prueba de corroboración, ratificación o complemento se debe señalar que existen dos clases de testimonios que refuerzan su señalamiento. De un lado, la declaración de Y.A.G., quien al narrar lo que a ella le sucedió, también fue enfática en afirmar que una de las razones que la motivaron a contar lo vivido, era que el procesado **Pedro Antonio Rojas Montaña** había empezado a realizarle actos similares a los que ella había soportado, a varias de sus primas, entre ellas, hizo referencia a M., de quien señala que es menor.

Aunque en este punto, no se entienden los motivos por los cuales la Fiscalía General de la Nación no trajo al juicio a la menor H. para ratificar, corroborar o complementar las manifestaciones de la ofendida, esta falencia del ente acusador, no implica que no se cuente con prueba que ratifique lo indicado por M.

De otro lado, también hay elementos que revisten de credibilidad al relato de la menor M.V.R., en la medida en que coinciden con las descripciones dadas. Así entonces, se parte del hecho de que esta víctima indica que su agresor fue el señor **Pedro**, de quien dice es el esposo de su mamita Teresa, y las señoras *Teresita de Jesús García, Luz Lenny García, Yuri Paola Rojas García* y las tres víctimas que declararon en el juicio oral ratificaron esta circunstancia, por lo que el agresor es uno sólo, frente a quien se ha realizado un señalamiento directo por la agredida, el cual se ha sostenido en el tiempo, desde el momento de los hechos –lo que dio origen a la investigación– hasta su deponencia en el juicio oral.

Adicionalmente, M.V.R. hizo una descripción del inmueble donde habitaba su abuela, señalando que constaba de dos plantas, en la segunda había dos habitaciones y una cocina, mientras que en la primera planta se encuentra la sala, hay una pieza, una cama en la sala, después la habitación de su abuela, la de su tío, después de la sala el baño y la cocina. Situación que también fue referida por las señoras *Yuri Paola y Teresita de Jesús*.

La descripción dada si bien no cuenta con mayores detalles que permitan dar una mayor ambientación, coincide plenamente con la distribución indicada en el álbum fotográfico presentado por la Defensa mediante el fotógrafo forense *Walter Giovany Llano Aroca* y refleja de manera fehaciente el interior del inmueble donde ocurrieron los hechos, en tanto, al ingresar se encuentra la sala y debajo de las escalas –al lado izquierdo– hay una primera cama con una cortina que le otorga privacidad²⁹, luego un segundo espacio donde hay una sala de computador –que anteriormente era la habitación donde dormía el procesado–³⁰, seguidamente el baño social³¹, la cocina³², el patio de ropas y finalmente un espacio adecuado como habitación para el joven *Mateo García*³³; en la mitad del inmueble se encuentra un pasillo³⁴, y por el lado derecho el salón comedor³⁵, la habitación de *Yuri Paola*³⁶, la de *Teresita de Jesús*³⁷ y finalmente la asignada a *Juan Gonzalo*³⁸.

Esta misma distribución se plasmó en el plano topográfico levantado por *Hernán Darío Restrepo Londoño* y que también fue aportado como prueba documental³⁹.

²⁹ Fotografía 09.

³⁰ Fotografía 10.

³¹ Fotografías 12, 15, 16 y 17.

³² Fotografías 21 y 22.

³³ Fotografías 26 y 27.

³⁴ Fotografías 12, 13, 15, 21 y 23.

³⁵ Fotografías 8, 9 y 13.

³⁶ Fotografías 14, 18, 19 y 20.

³⁷ Fotografías 24 y 25.

³⁸ Fotografías 28 y 29.

³⁹ Archivo digital denominado "064PruebaDocumentalDefensa".

Este tipo de situaciones dan mayor crédito a lo narrado por la víctima, en tanto corrobora de manera periférica la distribución del hogar, y elimina alguna mendacidad en su relato. Por lo tanto, no existe algún motivo que indique que la menor M.V.R. hubiera alterado la realidad del atentado en contra de su libertad, formación e integridad sexual por parte del señor **Pedro Antonio Rojas Montaña**, por el contrario, sus dichos cuentan con corroboración endógena y exógena en las demás pruebas, que permiten otorgarle la suficiencia demostrativa para derruir la presunción de inocencia del acusado.

La defensa intenta crear una falta de lesividad del bien jurídico protegido, tesis que no tiene asidero jurídico en este caso concreto, en tanto no se puede olvidar que el delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, implica que una persona –directa o por interpuesta persona– demande o solicite la realización de acceso carnal o actos sexuales con menor de edad, mediante el pago o promesa de pago –bien sea en dinero, especie o alguna retribución–, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que los elementos normativos y subjetivos de este tipo son:

“(a) Sujeto activo indeterminado que solicite o demande, directamente o a través de un tercero, la ejecución de diversos actos libidinosos.

(b) Sujeto pasivo determinado en cuanto el requerimiento debe ser efectuado a una persona que no sea mayor de dieciocho años de edad.

(c) El conocimiento del agente frente a la edad de la persona a quien realiza el pedimento de índole sexual (dolo).

(d) El ofrecimiento de una contraprestación económica o de cualquier otra estirpe por el servicio encomendando.

(e) No es indispensable la concreción de un resultado ni el consentimiento de la víctima, bastando la sola petición, la cual, como se verá, debe ser formalizada dentro de un marco de explotación sexual”⁴⁰

Con base en este último literal, no hay duda en cuanto a que esta conducta punible es de mera conducta, de ahí que para su

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5492 del 12 de diciembre de 2019. Radicado 49156.

consumación no se requiere algo distinto a la petición o demanda de servicios sexuales, la cual, como también es clara en indicar la Alta Corporación, debe ser entendida dentro de un contexto de explotación sexual infantil.

La violencia sexual infantil ha sido abordada y protegida por distintos estamentos internacionales. Así, en la Observación General Nro. 13 del Comité de los Derechos del Niño se indica que las prerrogativas de estos incluyen que no sean objeto de ninguna forma de agresión, y se consagra un concepto amplio que incluye la incitación o coacción para que se dedique a actividades sexuales ilegales, la utilización de menores para la producción de imágenes o grabaciones de abusos sexuales, y turismo sexual, entre otras. En ese mismo sentido, se encuentra la Organización Mundial de la Salud y el Congreso Mundial Contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños (Estocolmo, 1996).

En la legislación nacional, la Ley 1146 de 2007, en su artículo segundo establece lo que se debe entender *“por violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, todo acto o comportamiento de tipo sexual ejercido sobre un niño, niña o adolescente, utilizando la fuerza o cualquier forma de coerción física, psicológica o emocional, aprovechando las condiciones de indefensión, de desigualdad y las relaciones de poder existentes entre víctima y agresor”*. Y, posteriormente, en virtud de la falta de sanción de los clientes del comercio sexual, el Legislador argumentó la expedición de la Ley 1329 de 2009, que adicionó el delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial en la cual ha dicho

que las propuestas de contenido sexual y libidinoso que se efectúen a los niños y niñas menores de catorce años en todos los casos serán merecedoras de reproche penal, independiente de sí se trata de un escenario de abuso o de explotación sexual, toda vez que el Legislador, con la consagración de los artículos 208 y 209 del Código Penal, estableció la *“presunción relativa a que los menores de catorce años de edad no cuentan con la capacidad para ejercer libremente su sexualidad, postulado que, examinado en un sentido contrario, admite concluir que, desde esa edad, las personas pueden decidir al respecto, con ponderada autonomía y voluntad”*⁴¹, la cual se torna moderada una vez se supera esa edad, por lo que es capaz de interactuar con sus similares en este ámbito, siempre que esté por fuera de un escenario de abuso o coerción.

Bajo el anterior panorama, encuentra esta Sala de Decisión que M.V.R. para el momento de los hechos era menor de catorce años, en la medida en que de acuerdo con lo manifestado los ofrecimientos de dineros y dádivas propuestos por el señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** a cambio de que se dejara tocar la vagina y los senos acaecieron cuando tenía entre 10 y 11 años de edad, e incluso, al momento de rendir su exposición en el juicio oral, contaba 12 años, situación que hace que prevalezca la presunción indicada por la Alta Corporación respecto de la capacidad para autodeterminar su formación e integridad sexual.

Nótese, además que, como se indicó en precedencia, se trata de un contexto de desigualdad o asimetría de poder al interior del inmueble, donde el adulto de género masculino, hoy procesado, en su condición de jefe de hogar y aportante económico de la familia, no sólo realizó ofrecimientos en contra de la menor M.V.R. sino que,

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5492 del 12 de diciembre de 2019. Radicado 49156.

como también se vio, ha reiterado su actuar libidinoso en contra de menores de edad dentro de las dinámicas familiares.

Por tanto, su posición de jerarquía sobre las menores, la que incluye un contexto económico –toda vez que realizaba constantemente entrega de dineros a los nietos, tanto biológicos como civiles– cuya finalidad no era otra que buscar alternativas para satisfacer su libido, al punto que demandó de manera directa la ejecución de actos sexuales diversos de acceso carnal en la menor M.V.R., siendo lo anterior, suficiente para indicar que hay vulneración del bien jurídico tutelado y, por ende, el señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** es merecedor del juicio de reproche por el delito de Demanda de explotación sexual comercial en persona menor de 18 años agravado, sin que finalmente haya o no entregado lo ofrecido a la menor pues, se reitera, estamos ante un delito de mera conducta que implica que en su comisión no influye la producción del resultado, esto es, que la víctima haya accedido a la práctica sexual demandada.

En tales condiciones, no procede el reproche efectuado por la defensa contra de la declaratoria de responsabilidad penal por el delito establecido en el artículo 217A numerales 4 y 5 del Código Penal en contra del señor **Pedro Antonio Rojas Montaña**, e impera su confirmación.

Por último, se ataca la comisión del delito de Demanda de explotación sexual comercial en contra de la menor L.V.R.V., toda vez que se alega que no existió un ofrecimiento directo y concreto frente a una práctica de contenido sexual y además tampoco lesionó el bien jurídico protegido por el Legislador con el tipo penal. Sin embargo, como se anticipó, es necesario indicar que la Juez de primera instancia incurrió en una afectación del principio de

congruencia entre la formulación de imputación y la acusación acerca del delito enrostrado por esta víctima, situación que, a pesar de no haber sido propuesta en los temas de la apelación, dada su trascendencia resulta ineludible pronunciarse al respecto.

En la audiencia de formulación de imputación, al momento de comunicarle los cargos al señor **Pedro Antonio Rojas Montaña**⁴², a pesar de las imprecisiones conceptuales por parte del Delegado Fiscal al incluir en la relación de los hechos jurídicamente relevantes el contenido de entrevistas, denuncias y evidencia física, entre otras cosas, lo cual no hace parte de este concepto pues estos se circunscriben a los que se subsumen en la respectiva norma penal, y que eventualmente puede contener hechos indicadores, tal como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia en distintas providencias⁴³; de manera particular para la menor L.V.R.V. se le indicó que presuntamente la acosó sexualmente en dos oportunidades y por ello se le imputó el delito de Acoso sexual agravado conforme a los artículos 210A y 211 numeral 5 del Código Penal⁴⁴.

Superada esta etapa procesal, se presentó el escrito de acusación⁴⁵ por parte de la Fiscal 99 Seccional de la Unidad CAIVAS de Medellín, finalmente, en la audiencia de formulación de acusación⁴⁶ –luego de algunas correcciones y aclaraciones al escrito– por los hechos referidos a la víctima L.V.R.V. se le endilgó el delito de Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años⁴⁷, por el ofrecimiento de *“regalos para dejarse hacer tocamiento de tipo libidinoso en sus partes íntimas y a pesar de la negativa de ella, en varias ocasiones le intentó tocar los senos”*.

⁴² Minuto 13:34 y siguientes del archivo digital denominado “006AudioImputacion”.

⁴³ Véase entre otras: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3168 del 8 de marzo de 2017, radicado 44599; SP2042 del 5 de junio de 2019, radicado 51007.

⁴⁴ Minuto 47:15 y siguientes del archivo digital denominado “006AudioImputacion”

⁴⁵ Archivo digital denominado “07EscritoAcusacion”.

⁴⁶ Archivo digital denominado “016AudioAcusacion”.

⁴⁷ Minuto 9:48 y siguientes *Ibidem*.

De acuerdo con lo anterior, en la acusación se realizó una variación importante en la calificación jurídica en contra del señor **Pedro Antonio Rojas Montaña**, al pasar de Acoso sexual agravado a Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años, situación que transgrede el principio acusatorio, de confrontación y se afectó el de congruencia, en la medida en que se terminó condenado al procesado por cargos mucho más gravosos de los que le fueran imputados.

El principio de congruencia hace parte de las garantías constitucionales con las que cuenta el procesado, según lo consagra el artículo 29 de la Constitución Política. A su vez, el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal dispone que: *“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*.

Dicha norma, es un desarrollo de lo consagrado en el literal *h)* del artículo 8° de la misma codificación, el que señala que el procesado tiene derecho a: *“Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan”*. El que, a su vez, es una extensión sistemática de lo reseñado en los artículos 29, 31 y 250 de la Constitución Política.

La Jurisprudencia tiene sentado que la congruencia no es un concepto estricto o rígido, sino que es flexible, en la medida en que puede el fallador condenar por un delito que no fue acusado, sin que se vulnere este principio, siempre y cuando se cumplan unas condiciones⁴⁸. Como muestra de ello, se ha aceptado, incluso, que puede condenarse a una persona a pesar de la solicitud absoluta

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 792 del 13 de marzo de 2019. Radicado 52.066, entre otras.

que presente la Fiscalía General de la Nación una vez concluido el juicio oral⁴⁹.

La Alta Corporación ha establecido que, para el análisis de una posible vulneración del principio de congruencia, se requiera el estudio de tres elementos necesarios, estos son, una identidad personal, fáctica y jurídica, los cuales han sido definidos así:

- *Identidad de sujetos, también conocida como congruencia personal; esto es, que la misma o mismas personas que son objeto de acusación, sean a las que se refiere la sentencia.*
- *Identidad entre los hechos de la acusación y el fallo, también denominado congruencia fáctica; lo que se traduce en que por los mismos hechos por los cuales se efectuó el acto de acusación, sea emitido el fallo.*
- *Correspondencia de la calificación jurídica; es decir, la equivalencia entre el tipo penal por el cual se acusa y por el cual se condena, salvo que opere en su modalidad relativa, esto es, cuando dicha calificación jurídica varía, **siempre que no se agrave la situación del procesado.**⁵⁰*

De los dos primeros se ha sostenido que ostentan el carácter de absolutos, pues no puede ni debe existir variación alguna de ellos durante el proceso penal; a su turno, la correspondencia jurídica, que tal como se indicó en precedencia, es flexible, por cuanto la regla de la imposibilidad de emisión de condena por delito distinto admite excepciones, contando como límite la negativa de agravación de la situación del encartado, siempre respetando el núcleo central de la acusación.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha abordado en distintas providencias un análisis acerca de la incorporación de “nuevos detalles” entre la formulación de imputación, acusación y la emisión de sentencia en los términos de la Sentencia C-025 de 2010, indicando:

⁴⁹ Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 6808 del 25 de mayo de 2016. Radicado 43.837.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de mayo de 2011. Radicado 32.792, retomada en la Sentencia SP 4930 del 13 de noviembre de 2019. Radicado 52.370.

*“Ahora bien, la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico, lo cual implica que la calificación jurídica de los hechos siga siendo provisional, pudiendo variar entre ambas audiencias; bien entendido, dentro de unos márgenes racionales. En efecto, **la intensidad que presenta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia es mayor que la existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación**, precisamente por el **carácter progresivo y evolutivo que caracteriza al proceso penal**. En efecto, precisamente el objeto de la etapa investigativa consiste en recolectar evidencia física y material probatorio que permitan sustentar adecuadamente un escrito de acusación, en tanto que el juicio oral es el escenario donde cada parte expondrá su teoría del caso, etapa procesal que inicia, precisamente, con la audiencia de formulación de la acusación.”⁵¹*

El carácter progresivo de la actuación implica la práctica de actos de investigación siguientes a la terminación de la audiencia de formulación de imputación, y que pueden dar lugar a la adopción de medidas en aras de lograr la protección de los derechos de las víctimas o del interés de la sociedad, por lo que la premisa jurídica puede tener alguna variación –congruencia flexible–. La Alta corporación tampoco ha sido ajena a la discusión y ha indicado que frente a los cambios desfavorables al procesado se pueden presentar diversas situaciones, tales como la inclusión de nuevos presupuestos fácticos de nuevos delitos, o la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad⁵².

Dentro de los análisis efectuados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se hizo especial mención a la aplicación de un tipo penal diferente al puesto de presente en la formulación de imputación, lo que de manera indefectible no se puede considerar como simples detalles, pues ello acarrea cambios sustancialmente desfavorables al procesado, y plantea como solución la adición a la formulación de imputación. Así razonó:

⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2042 del 5 de junio de 2019. Radicado 51007.

⁵² *Ibidem*.

*“En principio podría pensarse en una regla orientada a que, en cada caso, se evalúe la trascendencia del cambio de tipo penal, en orden a establecer si la modificación de los hechos jurídicamente relevantes debe hacerse a través de la adición de la imputación, o si esas modificaciones encajan en lo expuesto por la Corte Constitucional acerca de los “**detalles**” factuales que pueden agregarse en la acusación e incidir en la calificación jurídica.*

Sin embargo, ello podría dar lugar a discusiones interminables sobre la trascendencia de las modificaciones en cada caso en particular, con la consecuente afectación de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, al tiempo que haría mucho más compleja la labor de los jueces.

*En consecuencia, en aras de la igualdad, la seguridad jurídica y la protección de los derechos del procesado, la Sala estima razonable que los cambios factuales que conlleven la imputación de un delito más grave, o que, tratándose de un delito menor, implique el cambio del núcleo factico de la imputación, no encaja en la categoría de “**detalles**” o complementos –C-025 de 2010-, por lo que deben hacerse a través de la adición del referido acto comunicacional.”⁵³*

Conforme con lo anterior, se procede a evaluar el presente proceso, recordando que en la formulación de imputación al señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** se le enrostró el delito de Acoso sexual agravado, de acuerdo con los artículos 210A y 211 numeral 5 del Código Penal, cuyo marco punitivo es de 16 a 54 meses de prisión; por su lado el delito de acusación, Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años, señalado en el artículo 217A de la Ley 599 de 200, apareja un pena de 14 a 25 años, o lo que es lo mismo, de 168 a 300 meses de prisión.

Es por el marco normativo y jurisprudencial puesto de presente que no hay lugar a discusión que se encuentra ante un cambio más drástico en el juicio de responsabilidad al que fue sometido el señor **Pedro Antonio Rojas Montaña**, el cual no estaba permitido realizar como se hizo en el trámite de primera instancia, porque, tal como lo ha definido el órgano de cierre en lo penal, lo correcto era la adición o reformulación de la imputación por parte de la Fiscalía General de la Nación, lo que no se hizo.

⁵³ *Ib.*

Por tanto, en aras de subsanar el yerro cometido y de no comprometer el principio *pro infans* –al darle la prevalencia al interés superior del menor, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política– considera esta Sala de Decisión que lo consecuente es analizar la posible comisión de la conducta punible de Acoso sexual agravado. Haciendo la claridad que, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 83 –adicionado por el artículo 1 de la Ley 1154 de 2007– y el 86 del Código Penal, y el 292 del Código de Procedimiento Penal, la conducta punible atentatoria contra de la libertad, integridad y formación sexual al ser cometida en contra de menores de edad, tiene un mayor término de prescripción –20 años a partir del cumplimiento de la mayoría de edad de la víctima, que al ser interrumpida con la formulación de imputación, se rebaja a 10 años, legislación vigente al momento de la realización del delito– la cual, a la fecha de emisión de esta providencia, no ha operado, por lo que es posible realizar su estudio.

En tales condiciones, se partirá de lo narrado en el juicio oral por la menor L.V.R.V., quien para la época de los hechos contaba 16 años de edad, y manifestó que una noche del año 2018 amaneció en la casa de su abuela Teresita de Jesús, compartiendo cama con su prima Y.A., y entrada la noche llegó **Pedro** a levantarla, le tocaba la cara, los brazos, le decía que se levantara y se fuera para donde él, que si se iba le daría algo, sin especificar qué era, ante lo cual ella le respondió que la dejara “*quieta*”, que la dejara “*dormir*”; asimismo remarcó que intentó tocarle los senos, y que ese actuar era con miras a seducirla.

Lo narrado sólo ocurrió aquella noche y después de eso ella no volvió a amanecer donde su abuela por temor a que se repitiera la escena.

En su declaración detalló que los sucesos ocurrieron en una habitación que quedaba debajo de unas escalas que van para el segundo piso del inmueble, desconociendo quién dormía normalmente ahí, y que la habitación de **Pedro estaba** justo al lado de donde dormían aquella noche.

Fue clara en señalar que **Pedro** la invitó a jugar, a que se fuera a donde él dormía, pero como ella ya sabía para qué era y no quería, no aceptó.

El relato de esta víctima si bien se encuentra ambientado acerca del lugar donde ocurrió el hecho y sobre la distribución del inmueble, no detalla de manera precisa la propuesta emitida por el procesado y lleve a concluir que se encontraba dentro un contexto libidinoso, al punto que se haya limitado la autodeterminación de su integridad sexual, lo cual es lo realmente protegido por el bien jurídico tutelado máxime cuando, como se indicó en precedencia, la presunción de incapacidad de autodeterminación de la sexualidad de los menores de edad opera para los que no han cumplido los catorce años, sin embargo, como la aquí víctima contaba 16 años para el momento en el que ocurrieron los hechos, tenía plena capacidad para decidir sí accedía o no a propuestas libidinosas, las cuales, se insiste, no se encuentran clarificadas por la misma víctima.

La descripción legal establecida en el artículo 210A del Código Penal señala que el sujeto activo indeterminado, en beneficio suyo o de un tercero, valiéndose de su superioridad manifiesta o de relaciones de autoridad, poder, edad, sexo, posición laboral, familiar, social o económica, que realice uno de los verbos rectores consistentes en acosar, perseguir, hostigar o asediar física o verbalmente a la víctima con fines sexuales no consentidos, ha sido abordada para su estudio por parte de la Sala de Casación Penal de

la Corte Suprema de Justicia, que en sus pronunciamientos ha manifestado:

“Así, en el proceso de tipificación de los concretos hechos es necesario dilucidar dos conceptos fundamentales en la estructura del delito de Acoso sexual: de una parte, el concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima; y, de otro, el relativo a los verbos rectores sobre los cuales se manifiesta la conducta típica.

Sobre el primero de tales aspectos, es preciso acotar que el Acoso sexual es un delito especial propio, en tanto que sólo podrá ser autor quien ostente determinada calificación de “superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica”, siendo elemento esencial del tipo la persecución de fines sexuales no consentidos, con idoneidad de influir en la formación de la voluntad y libertad sexuales de la víctima.

(...)

[E]ntiende la Sala, en función de la única hipótesis fáctica considerada por el acusador, que el comportamiento desplegado por el servidor judicial no se adecúa típicamente al delito de Acoso sexual, por el cual fue acusado, lo cual se revela con mayor claridad frente a la otra característica del tipo penal del artículo 210A del Código Penal, relativa a los verbos rectores sobre los cuales se puede manifestar la conducta típica lesiva del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales.

Al respecto, es preciso acotar que para la estructuración del tipo penal en cuestión se requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos, lo que se desprende de los verbos alternativos previstos para su realización: «acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente».

De manera que su caracterización se encuentra definida por la presencia de unas situaciones típicas que, en modo alguno, pueden responder a una conducta aislada sino a una actividad persistente, incesante y continúa, tendiente a doblegar la voluntad de la víctima, sin que en ese propósito, importa resaltarlo, sea relevante que se logre o no la finalidad perseguida, puesto que se trata de un delito de mera actividad que no requiere para su consumación del resultado en lo que al cometido sexual respecta.

(...)

Lo anterior no impide, según también se aclaró por la Corte, que actuaciones materializadas en un solo acto puedan afectar, de distinta manera, el bien jurídico tutelado de la Libertad, integridad y formación sexuales a través de otra norma de prohibición, resaltándose, eso sí, en lo que atañe a la conducta de Acoso sexual, que no se precisa de la prolongación en el tiempo, sino de la persistencia en los actos de acoso, persecución, hostigamiento o asedio”.⁵⁴

54 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP834 del 13 de marzo de 2019. Radicado 50967.

De acuerdo con lo anterior, y al ser contrastado con lo manifestado por la menor L.V.R.V., se tiene que la propuesta que puede tener algún trasfondo libidinoso, lanzada por el señor **Pedro Antonio Rojas Montaña**, no alcanza a estructurar la conducta punible de Acoso sexual agravado. En primer lugar, dado que no hubo claridad acerca de la verdadera intención del procesado en la realización de prácticas sexuales, las que, a pesar de que puedan pensarse, terminan siendo una hipótesis alternativa más, que se puede dar en el contexto de lo sucedido aquella noche.

Y segundo, porque como lo indica claramente la jurisprudencia, se trató de una conducta realizada una noche del año 2018, que según los mismos dichos de L.V. no se denota como persistente, incesante o continua de cara a doblegar la voluntad de esta menor para fines sexuales no consentidos.

Y aunque no se niega que la consumación del delito puede darse con un solo hecho, tampoco se encuentra que el actuar del encartado aquella noche haya tenido persistencia en las insinuaciones para con la víctima con aspectos de acoso, persecución, hostigamiento o asedio, pues, como bien lo señaló L.V., ella le indicó a **Pedro Antonio** que “no”, que “*la dejara quieta*” y la “*dejara dormir*” sin que, se insiste, se precise que esta persona haya perseverado en intentar doblegar la libre autodeterminación de la menor con fines sexuales.

Así las cosas, y frente al análisis del delito de Acoso sexual agravado cometido en contra de la menor L.V.R.V., no encuentra la Sala de Decisión que se hayan acreditado los hechos jurídicamente relevantes que enmarcan la conducta endilgada al señor **Rojas Montaña**, por lo que no es posible emitir un juicio de reproche en su contra por este delito, debiendo absolvérsele tanto por

el delito de Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años como por el de Acoso sexual agravado; y en consecuencia, se deberá efectuar la redosificación de la pena.

De conformidad con lo expuesto a lo largo de este proveído, habrá de confirmarse parcialmente la declaratoria de responsabilidad penal del señor **Pedro Antonio Rojas Montaña**, toda vez que se le condena por los delitos de Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años cometido en contra de M.V.R., en concurso con Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados acaecido contra de Y.A.G.

DETERMINACIÓN DE LA PENA:

De acuerdo con lo señalado en la sentencia que se revisa, el delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, establecido en los artículos 209 y 211 numeral 5 del Código Penal, acarrea una pena de 144 a 234 meses de prisión; mientras que el reato de Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años agravado, regulado en el artículo 217A numerales 4 y 5, trae un marco punitivo de 224 a 450 meses de prisión.

Siguiendo con los mismos parámetros indicados por la primera instancia, nos debemos ubicar en el primer cuarto de movilidad ante la concurrencia únicamente de la circunstancia de menor punibilidad relacionada con la carencia de antecedentes penales, y se impondrán las penas mínimas en virtud de la alta sanción que el Legislador ya ha establecido para este tipo de conductas.

Al estar en presencia de la comisión de un concurso de conductas punibles, se partirá de la pena mayor, que no es otra que

la señalada para el delito de Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años, esto es, de ha de partirse de un mínimo de 224 meses, el cual debe ser aumentado “*hasta en otro tanto*”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 del Código Penal, sin que sea mayor al de la suma aritmética de los delitos individualmente dosificados, ni podrá exceder del máximo legal de 60 años. Adicionalmente, en virtud de la limitante establecida en el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal, tampoco podrá agravarse la situación del apelante único, que en este caso se trata de la Defensa, por lo que no se podrá imponer una sanción superior a los 227 meses de prisión.

La juez de primera instancia incrementó 3 meses más por las conductas restantes –las de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados y Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años–, sin que haya cumplido con su obligación de realizar una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, de acuerdo con el artículo 59 del Código Penal, para indicar cuál era el aumento que le correspondía a cada una de las conductas punibles.

En atención que la conducta concursal por la cual se emite juicio de reproche en contra de **Rojas Montaña** fue la de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado, cometido contra de Y.A.G., además de la circunstancia específica de agravación atrás analizada y frente a la que no puede ser usada para el aumento de pena para no comprometer el principio de doble incriminación, encuentra esta Corporación que hubo una mayor gravedad de la conducta dado el prolongado tiempo en el cual se presentaron los atentados sexuales contra esta menor de edad, pues no debe olvidarse que según su narrativa se extendieron por aproximadamente siete años, iniciando con tocamientos

superficiales, hasta llegar a actos sexuales con su miembro viril masculino por debajo de la ropa, situación que creó un mayor daño al bien jurídico tutelado, de ahí que lo correspondiente sea realizar un aumento de 2 meses por este delito concursal.

En consecuencia, al señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** se le impone una pena privativa de la libertad definitiva de doscientos veintiséis (226) meses de prisión, en el establecimiento que para el efecto determinen las autoridades penitenciarias y carcelarias, y como pena accesorias, la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, en atención a que no se supera el máximo establecido en los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Como corolario de todo lo anterior, se confirma parcialmente el ordinal primero de la sentencia que se revisa, en el sentido de que se declara penalmente responsable al señor **Pedro Antonio Rojas Montaña** por la comisión de las conductas punibles de Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años agravado cometido en contra de M.V.R., en concurso con Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados acaecido contra de Y.A.G., y se le absuelve por el delito de Acoso sexual agravado perpetrado contra de L.V.R.V.

En consecuencia, se modificará el ordinal tercero para imponer al encartado una pena principal de doscientos veintiséis (226) meses de prisión, y una accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privativa de la libertad.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Novena de Decisión Penal-** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: CONFIRMAR PARCIALMENTE el ordinal primero la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados mediante la cual se declaró penalmente responsable al señor **PEDRO ANTONIO ROJAS MONTAÑO**, por la comisión de las conductas punibles de Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años agravado cometida en contra de M.V.R., en concurso con Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado contra Y.A.G., y se le **ABSUELVE** por el delito de Acoso sexual agravado perpetrado contra L.V.R.V. Ello, por las razones indicadas en la parte motiva.

Segundo: En consecuencia, **MODIFICAR** el ordinal tercero de la providencia que se revisa, en el sentido de que se le impone a **Rojas Montaña** una pena definitiva de doscientos veintiséis (226) meses de prisión, más la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Tercero: En los demás aspectos se mantiene incólume la sentencia objeto de alzada.

Cuarto: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación que deberá interponerse en los términos de ley.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.



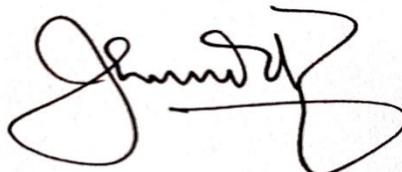
PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN

Magistrado



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

Magistrado



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado.