



## **SALA DE DECISION PENAL**

### **APROBADO ACTA N° 88**

(Sesión del 15 de abril de 2024)

*Radicado:* 05001-60-00207-2019-00825  
*Sentenciado:* Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
*Delito:* Actos sexuales con menor de catorce años en Concurso.  
*Asunto:* Defensa apela sentencia condenatoria  
*Decisión:* Confirma decisión  
*M. Ponente:* José Ignacio Sánchez Calle

**Medellín, 17 de abril de 2024**

(Fecha de lectura)

### **1. OBJETO DE LA DECISION**

La Sala resuelve del recurso de apelación presentado por la Defensa técnica y el procesado, en contra de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín, que condenó a **Gustavo Ancizar Rojas Tirado**, como autor penalmente responsable de un concurso homogéneo del delito de **Actos sexuales con menor de catorce años (Artículo 209 C.P)**, imponiéndole una pena de 120 meses y 27 días de prisión e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual; negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y demás subrogados penales.

### **2. ANTECEDENTES FACTICOS**

Del acervo probatorio, se estableció que en diciembre de 2018, en la residencia de **Gustavo Ancizar Rojas Tirado**, ubicada en ese momento en la Calle 104B #50-53 Barrio Villa Niza, Santa Cruz de esta ciudad, en una oportunidad le realizó tocamientos libidinosos en vagina y nalga a la menor **S.N.F.O<sup>1</sup>** de 7 años de edad, introduciendo su mano por debajo de la ropa, a su vez se despojó de sus pantalones, pidiéndole que le tocara con su mano el pene, la menor accedió porque él le dijo que si no lo hacía mataría a sus padres. Mientras que a la menor **Y.N.R.J** de 8 años de edad, le realizó tocamientos erótico-sexuales en su vagina por encima de la ropa, con fines libidinosos, en al menos una ocasión.

### 3. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

**3.1.** El 9 de diciembre de 2020, ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con función de garantías de Medellín, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de Gustavo Ancizar Rojas Tirado por el concurso homogéneo del delito de Actos sexuales con menor de catorce años del artículo 209 del Código Penal; el imputado no se allanó a los cargos.

**3.2.** El 13 de mayo de 2021, el Juzgado Décimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín-Antioquía realizó la audiencia de formulación de acusación, en los mismos términos de la imputación.

**3.3.** La audiencia preparatoria se realizó el 22 de julio de 2021.

**3.4.** La audiencia de juicio oral se llevó a cabo los días 23 de julio, 3 y 15 de agosto, 20 y 29 de octubre, 14 de diciembre de 2021 y 18 de enero de 2022; donde se culminó con un sentido del fallo de carácter condenatorio.

---

<sup>1</sup> Se omite identificar a las menores por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de los delitos y abuso de poder (Asamblea General de la ONU. Resolución No. 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia con lo enunciado en el Código de Infancia y Adolescencia.

### 3.5. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El *a quo* efectuó un análisis de las pruebas practicadas y concluyó que el Ente Acusador logró acreditar, más allá de toda duda razonable, la existencia de los delitos y la responsabilidad penal del acusado en su comisión.

Argumentó que la teoría allegada por la Fiscalía de lo que pudo acontecer en este caso giró en torno a que probaría -más allá de toda duda razonable- que el acusado es autor responsable doloso del concurso homogéneo del delito de Actos sexuales con menor de catorce años, porque en el año 2018, en su casa ubicada en el barrio Villa Niza - Santa Cruz de Medellín, con sus manos, tocó las vaginas y nalgas de las menores **S.N.F.O** y **Y.N.R.J**; se bajó el pantalón frente a una de ellas, exigiéndole tocarle el pene, porque si no lo hacía, mataría a sus padres.

El Juez de primera instancia expuso que generalmente en la comisión de estos punibles no hay testigos presenciales de los hechos (motivo por el que la jurisprudencia los ha denominado "*delitos a puerta cerrada*"), por ende, se hace mucho más aconsejable para efectos de hacer una correcta valoración probatoria, la verificación y demostración de la conducta punible y la responsabilidad penal del acusado, partir de la declaración de la víctima, verificar su **credibilidad intrínseca** y, luego de hallarla, constatar la parte **extrínseca**, a través de identificar si esa versión, además de creíble, encuentra **corroboraciones periféricas** sobre los aspectos esenciales de la misma, que fortalezcan tal credibilidad.

Dado lo anterior, en cuanto a la **credibilidad de la víctima**, la primera instancia citó al tratadista Francisco Javier Alcoy, en su obra Prueba de Indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia -*Traído por el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, en sentencia del 07 de abril de 2015*- manifestando que "*el testimonio de la víctima es fundamental, ya que en no pocos delitos se trató de la persona que más*

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

*cerca ha estado del criminal, siendo en ocasiones, además, el único testigo. Lo habitual es que la palabra de la víctima resulte creíble, salvo que resulte incongruente con el resto de las pruebas, presente anomalías, psíquicas, carácter fabular o se constate un previo ánimo de venganza o enemistad manifiesta".* Además, hizo alusión a la jurisprudencia que cita al derecho español donde hace referencia a que la **corroboración periférica** se usa para referirse a cualquier dato externo que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos; **(i)** el daño psíquico sufrido por el menor; **(ii)** el cambio comportamental de la víctima; **(iii)** las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; **(iv)** la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; **(v)** las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; **(vi)** los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; **(vii)** la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes. De esta manera señala que sumariamente alguno de los elementos enunciados en precedencia debe acreditarse para hacer más creíble la declaración de las menores.

Así pues expuso las estipulaciones probatorias (la identificación del acusado y la edad de las menores víctimas), para después referirse al testimonio de la menor **Y.N.R.J**, del cual concluyó que, para el momento de la declaración tenía 11 años, y que el padrino de su hermanita, de nombre Gustavo Rojas, cuando ella tenía 8 años, le tocó la vagina y le metió los dedos por encima de la ropa; que para el momento de la agresión él jugaba Play con su hijo en su habitación y **Y.N.R.J** los estaba viendo jugar parada, pero el hijo de Gustavo salió porque la mamá lo llamó, momento en que aprovechó para realizarle ese tocamiento. Describió la menor la habitación en la que ocurrió el suceso y los objetos que había en ella, de manera detallada explicó que ella se puso a llorar pero que la mamá la llamo entonces secó sus lágrimas y salió de la habitación. Posterior a ello, le contó a su prima **S.N.F.O** y esta le respondió que, a ella, él también le había hecho lo mismo; también le contó

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

a la mamá, a la abuela y al papá de su prima, asegurando que Gustavo no dijo nada cuando la tocaba, solo sonreía.

El *a quo* respecto a la declaración de **Y.N.R.J** consideró que posee gran valor demostrativo, dado que no vislumbra intención de perjudicarlo o algún interés perverso en contra del procesado, ya que las manifestaciones de la menor no fueron salidas de la lógica; por el contrario, aseguró que Gustavo Rojas, es el padrino de su hermanita y le metió los dedos por encima de la ropa.

Refiriéndose a la versión de la otra menor víctima, **S.N.F.O**, con 7 años de edad para la fecha que la rindió, la cual ingresó como prueba de referencia admisible por solicitud expresa de la Fiscalía, en la que da cuenta que un vecino que vivía al lado de su casa, le tocó la vagina y la nalga con la mano, por encima de la ropa, después se bajó la pantaloneta y le mostró el pene, obligándola a tocarlo con la mano, lo que la hizo sentir muy mal (sollozando mientras narra el suceso). Precizando que fue en la casa de él, en su habitación que no tenía puerta sino una cortina y ocurrió cuando ella estaba sentada en la cama viendo televisión y él parado en pantaloneta y camisa, asegurando que también le indicó que si no se lo tocaba –el pene- iba a matar a la mamá y al papá.

El Juez de primera instancia consideró que esta prueba también es válida porque, aunque no declaró en juicio, su entrevista ingreso a él como prueba de referencia admisible, misma que fue descubierta oportunamente, habiéndose proyectado el audio video dentro del juicio (que se realizó de manera presencial), y a través de la funcionaria que la recepcionó. El *a quo* no evidenció algún interés ilegítimo en querer perjudicar al procesado, incluso a pesar del tiempo transcurrido la menor fue clara, concreta y reiterativa en su incriminación contra Rojas Tirado y, por último, su credibilidad y validez no fue impugnada en forma alguna por parte de la Defensa.

Posteriormente el *a quo* se refirió a la corroboración periférica de la incriminación de las menores, esto es, la coherencia externa o extrínseca sus declaraciones, frente a **S.N.F.O.**, adujo que, **(i)** Gustavo Rojas, el padrino de su hermanita, le tocó la vagina, cuando ella estaba en la habitación de él viéndolo jugar Play con su hijo, declaración corroborada por la madre de la menor, Sandra Milena Jurado Tirado, quien no sólo confirmó tal afinidad del procesado, sino que indicó cómo su hija le informó de esta situación, reiterando que el tocamiento ocurrió cuando el hijo de él salió de la habitación; **(ii)** también manifestó la menor que le contó a varios familiares, hecho que de igual manera es corroborado por Sandra Milena, quien confirmó que la niña se lo informó. Se refirió a las demás pruebas que desfilaron en el juicio, esto es, la investigadora Lucelly Vélez Muñoz y Julieth Marcela Vargas, quienes precisaron y corroboraron lo dicho por la menor, como que la niña le habría informado al Comisario de Familia que Gustavo también había tocado a su primita **Y.N.R.J.**

Ahora, frente a la versión de la menor **S.N.F.O.**, que se reitera fue incluida como prueba de referencia admisible en el juicio, el *a quo* advirtió que la menor dio cuenta de que **(i)** un familiar que era vecino y vivía en un primer piso, le tocó la vagina y la nalga con la mano, por encima de la ropa, le mostró el pene y la obligó a que se lo tocara con la mano, amenazándola con matar a sus padres si contaba, hechos corroborados por Julieth Marcela Vargas, prima de la víctima, quien aseguró que la niña le contó que Gustavo le tocó la vagina y la nalga con la mano, también por la psicóloga Clarinda Yates Pomares, quien entrevistó a la menor y averó que la niña dio cuenta de ese hecho, haciendo énfasis en que la había amenazado diciéndole que no le podía contar a nadie porque mataría a sus padres pero que ella le contó a la mamá quien le dijo que no volviera a esa casa; **(ii)** los hechos ocurrieron en la casa de Gustavo Rojas, en su habitación, cuando estaba en la cama sentada viendo televisión junto a Gustavo que estaba parado, hecho que es corroborado por Julieth Marcela, quien no solo confirmó que la niña le informó de esa situación, sino que también agregó, según aquella, todo ocurrió cuando Sonia, la esposa de Gustavo,

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

y Alba Yudi estaban en la sala de la casa de Gustavo y los demás comiendo; por último, (iii) le contó a la mamá Yudi, lo que es corroborado por Julieth Marcela, quien igualmente averó que la niña le dijo que le contó a Alba Yudi, su progenitora. En igual sentido se manifestó la citada psicóloga investigadora Clarinda Yates, como quedó evidenciado en el juicio.

El Juez de primera instancia hace énfasis en que no sólo se corroboran las circunstancias que rodearon la comisión de la conducta punible, la reiteración de la incriminación de la víctima con el procesado y la falta de un motivo para querer perjudicarlo, revistiendo de credibilidad tal versión, sino también allegan información trascendente al proceso, la cual no podría tenerse válidamente como de referencia porque fueron percibidos de manera directa por ellas y vertidos en juicio; por ejemplo, la relación de amistad y familiaridad que tenían las víctimas con el procesado y su familia, las visitas a la casa y la cercanía de las viviendas de las menores con la de Gustavo, concluyendo que éste tuvo la real oportunidad (en términos de espacio y tiempo) para cometer las conductas sexuales que se le enrostran.

A su vez, precisó el *a quo* que, lo escuchado por un testigo directamente de cualquiera de los sujetos que conforman los extremos de la conducta delictiva – víctima o victimario- y que luego lo informa en el juicio de manera personal, puede ser valorado para esos precisos y exclusivos fines, dado que ello lo percibió directamente por uno de sus sentidos (el oído), considerándose directo respecto de lo escuchado y, por ende, valorable en ese específico aspecto, sustentando su apreciación en la sentencia del 14 de septiembre de 2009 con Radicado 32050, donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le otorga poder suasorio al testigo de oídas, cuando no es utilizado para demostrar la comisión del delito, sino circunstancias aledañas que escuchó.

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

Referente a los testigos de descargo, indicó la primera instancia que todos dijeron que Gustavo Rojas trabajaba en una sastrería entre las 6 y 7 de la mañana a 7 u 8 de la noche, de lunes a sábado, que siempre fue muy respetuoso con su hijastra y con su compañera permanente, que a las niñas **S.N.F.O** y **Y.N.R.J** casi no las dejaban salir solas y que no iban a casa de él, y que, si fueron pocas veces acompañadas.

Acotó el *a quo* que estos testigos, antes de generar duda, terminan por corroborar aspectos o circunstancias importantes en la versión de las niñas, porque demuestran que sí eran vecinas de Gustavo Rojas, también la familiaridad o cercanía que tenían las familias, así como el hecho de que el procesado, cuando estaba en casa, permanecía en su habitación. Aunque en lo que tiene que ver con la jornada de trabajo, consideró el Juez que no resultan creíbles porque, las damas, en su afán de querer favorecerlo, entran en contradicción, pues no coinciden con el ingreso y, aunado a ello, su empleador y primo Darío Alberto, aunque dio cuenta de horarios de trabajos extensos, afirmó que no siempre laboraban los domingos, mientras que las señoras querían hacer ver que él no tenía día de descanso; lo llamativo es que Darío Alberto aseguró que Gustavo Rojas, trabajó en su sastrería hasta octubre o noviembre de 2018 y los hechos investigados, según lo declarado por la propia víctima y las testigos de la Fiscalía, tuvieron lugar en diciembre de 2018, es decir que para la fecha, ya no trabajaba en la sastrería.

Finalmente concluye la primera instancia como incuestionable que las conductas endilgadas por el procesado existieron y son típicas, por cuanto el Código Penal prohíbe y sanciona realizar actos sexuales con menores de 14 años, siendo ello lo que arrojaron las pruebas; esto es, que el acusado libidinosamente les tocó sus partes íntimas a las menores y además le enseñó su pene a una de ellas, obligándola por medio de amenazas, a que se lo tocara.

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

El fallador se abstuvo de agravar la condena por el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal, porque, aunque el procesado ostenta la calidad de padrino de una de las víctimas, la Fiscalía no deprecó en sus alegaciones finales condena por esa razón.

### **3.6. DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS.**

Inconformes con la decisión de condena, el defensor y el procesado interpusieron recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

#### **3.6.1. RECURSO DE APELACION DE LA DEFENSA TECNICA.**

Alega que el *a quo* no habría obtenido un conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, cita a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en alusión a la prueba de referencia, donde manifiesta que la admisión de la prueba de referencia es excepcional, lo cual obedece básicamente a que las declaraciones extra juicio lesionan los derechos de confrontación del testigo y el principio de intermediación judicial, los que constituyen garantías procesales fundamentales del sistema penal acusatorio.

Realizó un recuento de las declaraciones rendidas en juicio, tanto de los testigos de cargo como los de descargo, para afirmar que la condena viola la prohibición del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

También refiere que durante el juicio oral no se demostró prueba de Medicina Legal que sustentara la existencia del delito, arguye que todos los declarantes fueron testigos de oídas alude al artículo 422 y a los criterios allí establecidos para la admisión, dentro del proceso, de publicaciones científicas o prueba novel.

Insiste el abogado recurrente en que, tal y como lo argumentó el delegado del Ministerio Público en sus alegatos de cierre, en este caso existe debilidad del acervo probatorio y enfatiza en la imposibilidad de condenar por la neutralidad y debilidad de la prueba de oídas o de referencia. Destacó la Defensa que el procurador refirió que aunque la prueba no es abundante, sí permite demostrar el delito del que fue víctima la menor **Y.N.R.J**, indicando las razones por las cuales se allega el estándar probatorio exigido para condenar; pero que contrario sucede con la menor **S.N.F.O**, ya que su declaración ingresó como prueba de referencia admisible, pero las restantes pruebas corroborativas, a su criterio también son de referencia, por lo que no se subsanaría la exigencia del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Concluye el defensor que el testigo de oídas no puede ser la única prueba que sustente la condena y, en virtud de ello, se materializa el *in dubio pro reo*, es decir, la existencia de una duda razonable que impone absolución. Finalmente, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva al procesado de todos los delitos que le fueron endilgados.

### **3.6.2. RECURSO DE APELACION DEL PROCESADO.**

Manifiesta el acusado que solicitó un préstamo en la Cooperativa Riachon, que fue aprobado el 3 de noviembre de 2018, con el fin de construir una casa en un terreno que había comprado años antes, en la vereda de los sauces en el municipio de Guadalupe; que la obra fue terminada en mayo de 2019, momento en el cual, se habría ido a vivir con su familia a su nueva casa. Solicita entonces que la Cooperativa Riachon, que es una entidad bancaria, informe si fue verdad que le prestaron dinero y, a su vez, se solicite a la empresa de transporte “Juan B” informen de si él viajó en noviembre de 2018.

Hace referencia a una presunta tercera víctima, de nombre Dulce M. –en adelante **D.M.R.M-**, de la cual es su padrino y quien es hermana de **Y.N.R.J**, hijas de Sandra

*Radicado:* 05001-60-00207-2019-00825  
*Sentenciado:* Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
*Delito:* Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

Milena; a la cual la señora Sonia, su compañera permanente cuidaba desde recién nacida, que cuando se estaban mudando a Guadalupe, Sandra Milena, le habría pedido a él y a Sonia, que se llevaran a **D.M.R.M**, dado que ella no se sentía capaz de cuidarla y mantenerla (en palabras del procesado, se la regaló).

Refirió el sentenciado que Sonia es pensionada y que, en virtud de ello, viajaba cada mes a Medellín, llevando en varias oportunidades a **D.M.R.M**; estando ella en Medellín, en la casa de Milena, la llamó para manifestarle que la niña le había dicho que el papá (Gustavo) le había tocado la vagina, pero Sonia no le creyó porque la menor no sabía decir vagina, sino que se refería a ella como “mi cosita”. Que fue posterior a esto que **Y.N.R.J**, le dijo a Sonia que él la había intentado tocar, cosa que tampoco le creyó.

Alega así mismo que no fue escuchado en juicio, cuestionándose si a ello tiene derecho; considera que la condena se basó en puras suposiciones, dado que las víctimas no habrían referido circunstancias de modo, tiempo y lugar concretas, por lo cual la conducta estaba fundamentada en meras suposiciones.

Hace alusión al momento de la declaración de **S.N.F.O**, en la que después de la menor manifestarle a su mamá que había sido abusada, ella le habría dicho que no volviera a esa casa, arguyendo el procesado que esa no es una reacción de una madre, pues la reacción hubiese podido ser agresiva o de reclamo en su contra. Además, la declaración de **Y.N.R.J** adolece de incongruencias, pues le dice a Sonia que él la habría intentado tocar en la sala, pero en la entrevista con la psicóloga refiere que estaba en la habitación viendo jugar Play, y durante la audiencia de juicio oral dijo que le había metido los dedos por dentro de los calzones; al respecto afirma que el Play se encontraba en la habitación de su hijo y por esa razón el hecho no pudo ocurrir en su habitación.

Finaliza resaltando que los testigos afirmaron que él se habría ido para una finca, que es respetuosa, y solicita que se tengan en cuenta sus argumentos.

## **4. CONSIDERACIONES**

### **4.1. Competencia**

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 34 de la ley 906 de 2004.

### **4.2. Problema Jurídico**

Le corresponde a esta Sala resolver, de un lado, si a partir de los testimonios de **Y.N.R.J** y **S.N.F.O**, es posible sostener la sentencia condenatoria en contra de Gustavo Ancizar Rojas Tirado, o si en su lugar se debe absolver en aplicación del principio *in dubio pro reo*; y, del otro, si la sentencia condenatoria violó la prohibición del artículo 381, al no haber alcanzado el conocimiento más allá de duda razonable por haberse fundado en prueba de referencia.

### **4.3. Valoración y solución al problema jurídico**

#### **4.3.1. Sobre el deber de sustentar en debida forma la apelación.**

Antes de analizar de fondo este asunto, debemos advertir que la posibilidad de examinar una providencia depende de la interposición dentro de las oportunidades procesales previstas, por quien tiene interés jurídico para ello, y bajo la exposición clara y precisa de las razones de hecho y de derecho del disenso. Esto último atañe con la debida sustentación del recurso, demanda en el inconforme el cumplimiento de una carga argumentativa tendiente a referirse de forma específica y concreta a los fundamentos de la decisión atacada, en modo tal que exponga los yerros en los

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

que pudo haber incurrido el Juzgador en su decisión, dado que la simple manifestación de la inconformidad no lo satisface, tampoco lo hacen los grandes desgloses jurisprudenciales, así lo precisó la Sección Tercera del Consejo de Estado: *“los planteamientos fijados por la jurisprudencia de las altas cortes pueden ayudar a orientar y a respaldar la sustentación de un recurso, pero no sustituyen la retórica que solo puede ofrecer quien conoce tanto el fallo proferido como las razones por las que cree que debe ser analizado en segunda instancia por una autoridad judicial de mayor jerarquía.”*<sup>2</sup>

Empero, en ciertas ocasiones hay lugar a que se aplique el principio de caridad en argumentación, y conforme a él es factible que se puedan superar los yerros en la sustentación del recurrente, en pro de encontrar el verdadero sentido del recurso en procura de dar efectividad al derecho material en cuestión; no obstante ello procede con la condición de que exista mínimamente un ejercicio de fundamentación que, aunque sea impreciso, permita desentrañar el sentido de la censura, siempre y cuando se entreguen razones que permitan deducir al menos una postura jurídica concreta frente al tema de debate por parte del impugnante. En tal sentido, el principio de caridad argumentativa *“comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible”*<sup>3</sup>

Así pues, en este caso, el recurso de alzada interpuesto por el defensor, formula una presunta afectación a la prohibición del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal el cual exige un conocimiento más allá de toda duda razonable para emitir sentencia condenatoria y, aunado a ello, que esa sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en prueba de referencia, sin embargo, una vez revisado el escrito de impugnación, el apelante no postula ningún cargo concreto en

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 68001233100020090074201 (56334) 12 de diciembre de 2022.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Auto del 9 de septiembre de 2015, con Radicado 46235.

contra de dicha determinación del Juzgado de origen. En su memorial se limita a traer a colación la senda jurisprudencial y legal sobre la prueba de referencia y el conocimiento para condenar, para posterior a eso hacer un recuento de lo decantado por los testigos que desfilaron en el juicio, sin embargo, en ninguno de sus apartes tales citas las ha aterrizado al caso concreto para develar o proponer, cuando menos, una tacha a la argumentación dada por el Juez de primera instancia. No obstante, aunque consideramos que el censor no ha cumplido con la carga de una debida y suficiente argumentación, la Sala resolverá de fondo el interrogante propuesto tanto por la Defensa como por el procesado, en atención a los fines legítimos de la apelación y al principio de caridad argumentativa.

#### **4.3.2. Principio de limitación.**

Conforme a los argumentos expuestos por el abogado defensor y su prohijado, para resolver de fondo el problema jurídico planteado, la Sala se acoge al principio de limitación que establece la competencia funcional del Juez de segunda instancia en el recurso de apelación, es decir, la competencia del superior se circunscribe a los puntos que se extiende la inconformidad del apelante, así lo ha explicado recientemente la Sala de Casación Penal<sup>4</sup>:

*“9. En la Ley 906 de 2004 no existe, como sí lo establecía la Ley 600 de 2000 (artículo 204), una disposición donde expresamente se señale que, “En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación”.*

*Sin embargo, la Corte Constitucional, de antaño, al estudiar los límites a la competencia del superior jerárquico, indicó que en los sistemas acusatorios:*

*“existe una tendencia a limitar los poderes del superior jerárquico, a diferencia de lo sucedido en los sistemas inquisitivos por cuanto, como los sostiene Maier, en estos últimos, el recurso de apelación contra la sentencia se encontraba íntimamente ligado con la idea de delegación del poder jurisdiccional que gobernaba la administración de justicia, de suerte que el poder que se había delegado en el inferior debía devolverse por completo al superior, lo que implicaba acordarle a este último amplios poderes para revisar lo decidido por el a quo. Por el contrario, en*

---

<sup>4</sup> Sentencia del 27 de abril de 2022, radicado SP1370-2022, 53.444, M.P. Fernando L. Bolaños P.

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

*un modelo procesal penal de tendencia acusatoria, los poderes del juez de segunda instancia se encuentran limitados por lo decidido por el inferior jerárquico”.*

*10. Así, en virtud del principio de limitación, la intervención del juez de segundo grado en curso del examen propio del recurso de apelación no puede desbordar sus funciones hacia aspectos no tratados o pretensiones no formuladas, bajo el entendido que se trata de un funcionario imparcial que carece de agenda propia y resuelve en consonancia con lo solicitado o discutido.*

*Elo, representa la materialización del derecho de defensa, en tanto, el contenido estricto de la apelación es el que marca la posibilidad de contradicción para los no impugnantes y mal puede decirse que se garantizó la controversia dialéctica cuando el juez se aparta de ese objeto concreto de debate para incursionar en terrenos ajenos que ni siquiera fueron planteados por la parte descontenta con el fallo y, por tanto, tampoco permitieron pronunciamiento de la contraparte.”*

En virtud de ello, el interrogante que deberá resolver la Sala se concreta en determinar si debe mantenerse la sentencia condenatoria en contra de Gustavo Ancizar Rojas con fundamento en el testimonio de la menor víctima **Y.N.R.J** y la declaración de **S.N.F.O** teniendo en cuenta su coherencia interna y externa, a su vez determinar si con la prueba se viola la prohibición del inciso segundo del artículo 381 o sí en su lugar debe revocarse la decisión de primera instancia y absolver al procesado en favor de la duda probatoria y el *in dubio pro reo*.

#### **4.3.3. De la prueba de referencia.**

La ley 906 de 2004 establece en su artículo 437, que prueba de referencia es *“toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitiva, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”.*

La Defensa en la sustentación de su impugnación, cita densa jurisprudencia sobre la prueba de referencia, su excepcional admisibilidad y sus reglas de procedencia, criticando que la sentencia condenatoria se fundó exclusivamente en prueba de referencia, lo que violaría el inciso segundo del artículo 381 de la ley 906 de 2004,

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

el cual prohíbe fundar la sentencia condenatoria exclusivamente en prueba de referencia; ello obedece a que la declaración extra juicio, lesiona los derechos a la confrontación del testigo y el principio de inmediación judicial, que constituyen garantías fundamentales del sistema penal acusatorio, por eso, la norma consagra una tarifa legal negativa consistente en que, aún en los eventos en que sea admisible la prueba de referencia, no podrá constituir el fundamento exclusivo de la condena.

Frente a la anterior tesis es necesario recordar que, cuando la víctima es un niño o niña, la Corte Suprema de Justicia ha puesto de presente la necesidad de brindarles protección especial, tal y como la Constitución Política y los tratados internacionales ordenan; sin embargo, ha aclarado también que ello no puede hacerse a través de la supresión de los derechos fundamentales del procesado, porque estos también se encuentran previstos en normas con fuerza constitucional. Por ello, para delimitar en qué medida se garantizan los derechos del procesado y del menor, corresponde al Juez de instancia estudiar cada caso concreto, y velar por su cumplimiento.

En el *sub judice* si bien el recurrente alega una afectación a la prohibición enunciada, no formula un reparo en concreto frente al cual esta Sala pueda pronunciarse por lo que, en virtud del principio de caridad argumentativa, se torna imperioso interpretar el sentido de la impugnación del emisor a efectos de resolver de fondo la crítica del apelante. Así pues, el censor en su escrito cita las apreciaciones del Ministerio Público quien en los alegatos de cierre deprecó a la primera instancia condenar al procesado sólo respecto al punible cometido sobre **Y.N.R.J** y absolverlo frente al punible sobre **S.N.F.O**, fundando su petición, el procurador, en que si bien la declaración de la menor **S.N.F.O** entró como prueba de referencia admisible, las restantes también las considera de referencia, por lo que no sería suficiente para demostrar responsabilidad por no contar con otros soportes probatorios. Cita la Defensa en su alzada que el delegado del Ministerio

Público echó de menos la prueba pericial que acreditará los sucesos añadiendo que solo desfilaron testigos que dicen que la menor les dijo, a lo cual agrega el apelante que todos fueron testigos de oídas y que el testimonio de oídas utilizado como única prueba carece de eficacia suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la única prueba de referencia que ingresó al acervo probatorio fue la declaración de la menor **S.N.F.O**, la Sala verificará su coherencia externa a efectos de determinar si, corroborada con otros medios de prueba, supera el baremo impuesto para sostener la sentencia condenatoria, y si ello no viola la prohibición del inciso segundo del artículo 381. Tenemos pues que el testimonio de **S.N.F.O** fue solicitado y decretado, pero no practicado en juicio, por solicitud expresa de la Fiscalía por lo que dentro de la audiencia de juicio oral se solicitó la incorporación de la declaración de la menor en video grabación de la sesión con la psicóloga del CTI, Clarinda Yates Pomares, como prueba de referencia, en ella la menor declara que fue tocada por un señor: *“En la vagina en las nalgas, con las manos, por encima. Estaba en la casa de el con mi mamá en la cocina y él me llamo y yo le dije (inaudible) él me dijo siéntese ahí, yo me senté, y me dijo después no vaya a decir nada porque después mato a su mamá o a su papá o al que sea que usted le cuente.”*. Relató la menor también que: *“Me mostro él pene, se quitó la pantaloneta (...) Él me dijo hágale pues y yo no le quise hacer caso entonces dizque hágale pues entonces (inaudible) él dijo que iba matar a mi papá y mi mamá”,* posterior a ello *“Le empecé a tocar el pene porque él dijo que iba a matar a mi mama y a mi papá.”* Dijo, mientras lloraba, que eso la hizo sentir muy mal, *“porque ahí no se toca”*; a su vez, mostró como se lo tocaba y terminó afirmando que el señor es de nombre Gustavo, que era su vecino y que lo conoce hace mucho tiempo.<sup>5</sup>

Las anteriores declaraciones fueron corroboradas en juicio por Julieth Marcela Vargas, prima de la menor **S.N.F.O**, quien declaró: *“la niña me cuenta que él le ha*

---

<sup>5</sup> Entrevista a la menor S.N.F.O del 10 de agosto de 2019 e incorporada al juicio oral en la sesión del 20 de octubre de 2021.

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

*tocado sus partes íntimas y que lo ha hecho en la casa de él, en una pieza que tiene cortina, entonces yo inmediatamente llamo a una confidente y le digo que hacer, ella me dice que le pregunte a la niña a quien le ha contado”<sup>6</sup>; y además por la psicóloga Clarinda Yates Pomares quien manifestó: “... Se llevaron a cabo todas las etapas del protocolo la niña se mostró atenta colaboradora participativa, su lenguaje en cuanto a las respuestas era acorde a las preguntas que se le hacían, entonces hablo de forma, clara, lógica, coherente, en un momento de la entrevista la niña empezó a llorar, pero en general pues participó y narró los hechos que eran materia de investigación. (...) Estaba con la mamá en la casa del señor Gustavo, ella fue a la habitación, entonces él le dijo que lo que va a pasar usted no le puede decir a nadie, si le dice a su mamá o su papá yo los mato o a cualquiera persona que les diga lo que va a pasar, entonces comenta la menor que la hizo sentar en la cama y comenzó a tocarla por encima de la ropa en la vagina y en la nalga también cuenta que él se bajó los pantalones y le dijo que lo tocara, que le tocara el pene, porque ese día él tenía puesta una camiseta y una pantaloneta entonces que él se bajó la pantaloneta y le dijo: “venga a ver pues”. Ella dijo que no que no quería hacerlo, pero él la obligo porque le dijo si usted no lo hace mato a su mamá o a su papá, en esos momentos la niña empieza a llorar antes de contar y empuña su manito y muestra como lo toco en el pene que se sintió muy mal cuando lo tocaba en el pene. También cuenta que la toco y le dolió muchísimo cuando fue a orinar le dolía, le metió los dedos en la vagina y también en la nalga. (...) Se sintió mal y que él le advertía que no le contara nadie. Los hechos sucedieron cuando tenía 6 años. Le contó a la mamá y ella le dijo que no volviera a la casa de él, describe también un poco la casa del señor y al final dijo que el señor que la toco se llama Gustavo.”<sup>7</sup>*

El apelante califica estos testigos como de oídas, ya que no tuvieron conocimiento directo del punible y añade que sus declaraciones no son suficientes para emitir sentencia condenatoria. Frente a este tópico, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en precisar que no puede confundirse la prueba indirecta con la de referencia, y que la primera puede ser suficiente para llegar al estándar probatorio exigido por el artículo 381 de la ley 906 de 2004; así lo reitera en la Sentencia SP-3332 del 16 de marzo de 2016, con Radicado 43866, donde la Sala de Casación Penal

<sup>6</sup> A partir del minuto 1:24:00 de la sesión de juicio oral del 23 de Julio de 2021.

<sup>7</sup> A partir del minuto 32:00 de la sesión del juicio oral del 03 de agosto de 2021.

concluyó: “... frente a la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, deben tenerse en cuenta aspectos como los siguientes: (i) la prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba indirecta; (ii) así como la responsabilidad penal puede estar basada en prueba indirecta, la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia puede ser superada con este tipo de pruebas (indirectas); (iii) la Fiscalía tiene el deber de realizar lo que esté a su alcance para lograr la corroboración de la versión de la víctima, incluso a través de las denominadas corroboraciones periféricas; y (iv) una cosa es la prohibición legal de que la condena este basada exclusivamente en prueba de referencia, y otra que las pruebas plurales –algunas pueden ser de referencia– sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, según el estándar de conocimiento establecido por el legislador”.

De lo anterior, es dable concluir **(i)** que el testigo de oídas -en algunas ocasiones y para ciertas finalidades-, puede ser válido y tener poder de convicción, especialmente porque al ser necesaria la valoración en conjunto del material probatorio, permite reafirmar o fortalecer el poder de convicción de las restantes pruebas; y **(ii)** que las pruebas de referencia pueden ser complementadas válidamente, para alcanzar el estándar probatorio del artículo 381 con pruebas indirectas, aunque algunas de las que conformen el acervo probatorio también sean de referencia.

El apelante no distingue la prueba de referencia con la prueba indirecta y tacha erróneamente a los declarantes como testigos de referencia. La prueba indirecta hace alusión a aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios), que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse estos y la participación del acusado, por medio de un razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar, debiendo estos estar relacionados directamente con el hecho delictivo, existiendo coherencia y concomitancia que descarte la presencia de contra indicios; por lo tanto, la presencia de la tarifa legal negativa por la prueba de referencia puede superarse con las pruebas indirecta.

Aunado a ello, la Fiscalía al momento de enfrentarse al proceso de investigación, donde se ven inescindiblemente vinculados los derechos de los niños, niñas y adolescentes, debe evaluar cada caso en particular, y en virtud de la ley 1652 de 2013, el ente acusador tiene la potestad de en cada situación, sopesar la necesidad de utilizar la declaración del menor para complementar la teoría del caso, especialmente, cuando se cuenta con otros medios de conocimiento que puedan permitir el suficiente y cabal ejercicio de la acción penal; por ejemplo, como lo ha iterado la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SP-2709 del 11 de julio de 2018 con Rad. 50637 donde precisó que la opinión del perito (que puede tener como base lo que el presencio o la información suministrada por el testigo) puede referirse a un hecho jurídicamente relevante (por ejemplo, “la muerte ocurrió a causa de los disparos”) o a un hecho indicador (ejemplo, con alta probabilidad, la muestra de sangre examinada corresponde al acusado).

En ese mismo sentido, en el ámbito de los dictámenes emitidos por psicólogos, debe precisarse que **(i)** si se pretende introducir como prueba de referencia una declaración rendida por fuera del juicio oral, es posible que la demostración de la existencia y el contenido de la misma puedan demostrarse a través del experto, es decir, el perito puede constituirse como el “*medio*” para llevar la declaración al juicio, **(ii)** si por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda determinar la presencia del “síndrome de niño abusado” será testigo directo de esos síntomas en el paciente, en el mismo sentido ocurre con los parientes que perciben cambios comportamentales en la víctima, como depresión, falta de atención, mal comportamiento en el colegio, por lo que frente a esto será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar huellas de violencia sexual o física, y **(iii)** a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido.

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

En el *sub judice* la primera instancia realizó un análisis de pruebas indirectas, en las cuales confirmó circunstancias concomitantes al delito, como la presencia real de las víctimas en el domicilio del penado, la relación de familiaridad; con las cuales esta Sala no observa ninguna irregularidad y teniendo en cuenta que la crítica del recurrente no está destinada al contenido de la declaración de la menor, sino a la violación del inciso segundo del artículo 381, esta instancia no hará mayores consideraciones al respecto, sobre el contenido de las mismas.

La entrevista de **S.N.F.O** cumple todas las exigencias del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, para ser recibida como prueba de referencia pues la menor no está disponible para declarar en juicio pero en la entrevista en el CAIVAS, declaró sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la comisión de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, a su vez narró circunstancias que rodearon el acontecer factico, la situación que le contó a su mamá, como le contó a su prima que había sido abusada, etcétera; pero, además, el Ente Acusador presentó testigos de corroboración periférica que permiten obtener mayor conocimiento y otorgar mayor credibilidad a la versión de **S.N.F.O.**, por lo tanto, no es una declaración aislada, como lo pretende hacer ver el recurrente y no solo se limitan a declarar sobre lo que la menor les contó, si no lo que pudieron percibir de manera directa.

Lo que entonces no solo contribuye a corroborar de manera externa la versión de la menor, sino que, confirma que el procesado si tuvo la posibilidad real para cometer las conductas endilgadas, es decir, haciendo uso de las inferencias, propias de las pruebas indirectas, partimos de un **hecho indicador** o acreditado, como es la relación de familiaridad del procesado con las víctimas y sus familias, tanto que era padrino de **D.M.R.J**, hermana de la víctima, como **nexo causal o inferencia lógica**, en virtud de esa confianza y relación entre las familias, a las menores se les permitía estar en la casa y en la habitación del procesado, y como **hecho indicado o conclusión**, que aprovecho esos momentos para tocarlas en

sus partes íntimas, como bien relata cada una de ellas; también se edifica el indicio de la presencia en el lugar de los hechos del procesado, pues aunque la defensa trató de demostrar que el procesado no permanecía en casa debido a su larga jornada de trabajo, lo que se probó en el juicio fue que todo lo contrario, que para diciembre, fecha de ocurrencia de los hechos, el procesado ya no trabajaba en la sastrería y que cuando estaba en casa, permanecía en su habitación, entonces como **hecho indicador**, está demostrado que para diciembre de 2018, el procesado ya no trabajaba en la sastrería, por lo que como **nexo causal o inferencia lógica**, se infiere que en virtud de que ya no trabajaba en la sastrería, estaba en la casa, y permanecía en su habitación viendo televisión o jugando videojuegos, por lo que como **hecho indicado o conclusión** el procesado aprovecho este lugar para tocar las niñas en sus partes íntimas, por lo que iteramos que el procesado contó con la posibilidad física de realizar los tocamientos a las menores en ese lugar, lo que conduce a otorgar credibilidad a las versiones entregadas por las víctimas.

El defensor consideró que todos los medios probatorios eran de referencia, ya que ninguno habría presenciado de manera directa la comisión de la conducta punible, sin embargo, no le asiste razón pues testigos como Julieth Marcela Vargas, prima de la menor víctima, manifestó juicio: *“la niña me cuenta que él le ha tocado sus partes íntimas y que lo ha hecho en la casa de él, en una pieza que tiene cortina, entonces yo inmediatamente llamo a una confidente y le digo qué hacer (...) eso paso días antes de irse para una finca, en una temporada de diciembre vacacional, por eso es que las niñas estaban tan expuestas a manos de este señor Gustavo Rojas. Eso fue en 2018, a finales.”* Julieth Marcela aclara en el interrogatorio que *“le cuento primero a mi madre y después mi mamá me llamó a mí y después de que ya me cuenta (la niña) ya arrancamos para la fiscalía”*.

Esta declaración corrobora el acontecer fáctico de la declaración de la menor, pero además también declaró sobre las circunstancias que rodearon el mismo y por tanto, iteramos, no puede ser considerada como referencia, porque si bien es cierto

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

que no tuvo conocimiento directo de la comisión de la conducta punible, dado que conoció del hecho por lo que le dijo la menor, sí percibió de manera directa las circunstancias externas que rodearon el acontecer fáctico, esto es, donde vivía el procesado, la relación que sostenía con las familias de las víctimas, la presencia de las víctimas en la casa del él, el estado de ánimo de **S.N.F.O.** antes y después de la comisión de la conducta, circunstancias que no pueden ser tenidas como de referencia, por lo que, como lo apreció la primera instancia, más allá de corroborar las declaraciones de las menores, acreditan que el procesado tuvo la oportunidad real de cometer la conducta punible, en el lugar y bajo las circunstancias que declararon las menores.

Pero además, la crítica del recurrente respecto a que la sentencia se fundó exclusivamente en prueba de referencia, ignora convenientemente a la otra menor víctima **Y.N.R.J**, que sí declaró en juicio, lo que, a todas luces, va en contravía de la apreciación del censor, pues el *a quo* apreció en conjunto todo el acervo probatorio, es tanto así que consideró que los testigos de descargo de la Defensa, antes de desvirtuar o poner en duda la declaración de las menores, terminan dándole mayor credibilidad; pues declararon que el procesado se la pasaba en su cuarto, que tenía una relación de vecindad y familiaridad con las víctimas y sus familias, etc. En igual sentido ocurre con la psicología Clarinda Yates Pomares, que, si bien no es testigo directa de los hechos materia de investigación, si lo fue respecto a la declaración de la menor **S.N.F.O.**, pues percibió por sus sentidos (el oído y la vista) el estado anímico de la víctima al describir cómo ocurrió la agresión sexual, además de percibir la huella psicológica que dejó la agresión sexual en la menor.

En virtud del análisis de las pruebas individual y conjuntamente, consideramos que el cargo formulado por el abogado apelante, referente a la violación del inciso segundo del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal –o prueba de referencia-, está destinado a no prosperar.

#### 4.3.4. Credibilidad del testimonio de las menores Y.N.R.J. y S.N.F.O.

La Defensa también arguyó que el *a quo* incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, pues no habría obtenido un conocimiento más allá de toda duda razonable para emitir condena, ya que los testigos de cargos presentaron diversas incongruencias, las cuales se deben resolver en virtud del *in dubio pro reo*. A efectos de resolver este planteamiento, deberá acogerse esta Sala a lo establecido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre las pruebas en los delitos sexuales contra menores, que deben ser analizadas bajo las reglas de la sana crítica y de la experiencia, y a su vez probar **(i)** la ausencia de incredibilidad subjetiva de la víctima, que se deriva de las relaciones preexistentes entre el presunto victimario y la víctimas, las cuales, pudieran sustentar la existencia de resentimiento o enemistad; **(ii)** la verosimilitud de la declaración, la cual hace referencia a que cuente con elementos de corroboración periférica en declaraciones o pruebas diferentes, que permitan fortalecer la declaración de la víctima, <sup>8</sup>**(iii)** la persistencia en la declaración de la víctima, que se refiere a que esta debe ser coherente, consistente, sin contradicciones y ambigüedades.<sup>9</sup>

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo de España, ha expuesto:

*“Tales criterios o requisitos, reiteradamente mencionados, son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre la declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora o perjudicada civilmente en*

---

<sup>9</sup> Sentencia del 16 de marzo de 2022, SP765-2022, con Radicado 50524. MP Diego Eugenio Corredor Beltrán.

*el procedimiento o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de veracidad.*

*Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”<sup>10</sup>*

**4.3.4.1.** El primer criterio establecido por la jurisprudencia ordena verificar la presencia de incredibilidad subjetiva derivada de un posible resentimiento o enemistad previo a la conducta típica, entre agresor-agredido, con el fin de descartar intereses personales o de terceros en perjudicar al procesado, o motivos de enemistad. En el *sub judice*, tenemos que la menor **Y.N.R.J** declaró en juicio que Gustavo Rojas era el padrino de su hermanita **D.M.J.M**. A su vez la señora Sandra Milena Jurado Muñoz, madre de las mencionadas, declaró que anterior a los actos sexuales en contra de sus hijas, no había tenido ningún tipo de problema o inconveniente con el procesado; en igual sentido lo sostuvo la prima de las menores Julieth Marcela Vargas.

Al respecto, tenemos que la Defensa tampoco formuló una hipótesis alternativa plausible frente a posibles motivos o razones por las cuales las víctimas o sus

---

<sup>10</sup> ATS 6128/2015

familias quisieran perjudicar a Gustavo Rojas, todo lo contrario, el acusado era padrino de una de las menores y vecino de ellas, no encontrando esta Sala motivos para considerar que existían razones de enemistad o interés particular en querer perjudicar al procesado, por parte de las víctimas y su familia pues, se itera, nada de ello se ventiló en desarrollo del proceso.

En igual sentido ocurre con la menor **S.N.F.O**, en tanto el censor no formuló siquiera una hipótesis alternativa plausible que se fundará en una posible enemistad entre las víctimas y el victimario, además en su declaración no se vislumbra algún tipo de interés perverso en contra de Rojas Tirado, por el contrario, en la entrevista la menor se mostró afectada al recordar y hablar de lo vivido.

**4.3.4.2.** Respecto a la verosimilitud de la declaración y la corroboración periférica de los hechos, encontramos que la menor **Y.N.R.J**, declaró sobre el abuso que *“Ocurrió en el 2018, cuando yo tenía 8 años (...) me tocó con la mano, yo estaba al lado de él y pues entonces él llegó y me tocó y me estaba como metiendo los dedos, pero ya, yo salí.”*<sup>11</sup>. Siendo concreta en pormenores de la agresión, como que *“yo estaba con él y el hijo viéndolos jugar play, entonces después al hijo lo llamó la mamá y yo me quede ahí con él, entonces iba a salir y cuando él me llamo y yo fui y ahí fue que me toco y yo ya salí corriendo y me puse a llorar y después ya al rato me llamo mi mamá.”*<sup>12</sup>, también manifestó que ocurrió *“al lado de mi casa, cuando él vivía ahí, dentro de la casa de habitación de él”*.

La Sala verificó si la declaración de la menor es consistente y armónica con otros medios probatorios, y corroboró que la prima de la menor, Julieth Marcela, declaró en juicio y cuando se le preguntó por las partes del cuerpo que el acusado había tocado de la menor refirió que *“ella me dijo que había sido la vagina y la nalguita con la mano”*. Por otro lado, la madre de la menor, Sandra Milena, declaró que *“ella estaba en la casa de Gustavo, viendo jugar play, el señor la llama y ella se regresa y él la toca por*

<sup>11</sup> Entre el minuto 36:00 y 38:00 de la sesión de juicio oral del 23 de julio de 2021.

<sup>12</sup> A partir del minuto 38:05 de la sesión de juicio oral del 23 de junio de 2021.

*encima de la ropa, la niña sale, y en el momento no me cuenta, pero después me dice lo que ocurrió.”<sup>13</sup> Sobre cuándo ocurrieron los hechos la madre de la menor precisó que “los hechos ocurrieron en 2018, tenía 8 años” también se refirió al comportamiento de su hija posterior a los hechos dejando claro que “se le menciona el caso y se pone a llorar mucho, no sé si de pronto no quiere decir toda la verdad o estará ocultando algo, no sé, pero ella sí llora mucho.”*

El abogado recurrente en la alzada critica que el Juez de primera instancia no le otorgó credibilidad a lo declarado por personas como Yaqueline Muñoz Hoyos quien manifestó que “Sandra Milena es tía de **S.N.F.O**, ella me expresó que la niña le dijo que eso era mentira”; a su vez esta declarante refirió que las menores **Y.N.R.J** y **S.N.F.O**, en el año 2018 fueron solamente en dos oportunidades a la casa del procesado. Frente a este tópico, considera la Sala que esta afirmación de Sandra Milena a Yaqueline Muñoz se constituye como prueba de referencia dado que Yaqueline no percibió de manera directa lo declarado por la menor y la Defensa tampoco logró acreditar que esa manifestación efectivamente hubiese existido, ni el contexto en que se dio, por lo que su valor suasorio se ve perjudicado en virtud de la falta de corroboración de la presunta manifestación.

Por otro lado, la testigo de descargos tampoco acredita lo que afirmó respecto a que las menores hayan ido sólo en dos ocasiones a la casa del procesado, no puede ofrecer certeza al respecto, dado que por su trabajo y su jornada laboral, no estaba en su casa gran parte del día, durante toda la semana y, las veces que vio a las menores, fue porque tenía día de descanso o salía temprano del trabajo, por lo tanto, la testigo no puede dar certeza de que las víctimas hayan ido solamente dos veces a la casa del procesado, pues se limitó a declarar por las veces que las vio allí, sin embargo, ellas pudieron estar en más ocasiones, cuando Yaqueline Muñoz no se encontraba en la morada, y ello hace su declaración poco útil. Ello no permite a esta Sala brindarle mayor valor suasorio a dichas manifestaciones, pues

---

<sup>13</sup> A partir del minuto 1:09:00 de la sesión de juicio oral del 23 de julio de 2021.

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

como ya se dijo, se constituyen frente a ese tópico en particular como prueba de referencia, además la Defensa no presentó pruebas que fortalecieran los dichos de la testigo, y ésta se limitó a declarar por las veces que vio a las menores allí, pero teniendo en cuenta que la deponente trabajaba gran parte del día, su apreciación no corresponde a la realidad, pues las menores pudieron estar en la casa de Gustavo cuando Yaqueline estaba trabajando (que era gran parte del día), lo que poco o nada le aporta al *sub judice*.

Además, resulta importante señalar que en el recurso de alzada el recurrente acotó que, en la entrevista con la defensora de familia, Cecilia..., abogada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se puede observar la poca intencionalidad del dolo en la conducta del procesado porque **Y.N.R.J** declaró que los tocamientos ocurrieron por encima de la ropa y solamente en una ocasión. Al respecto, esta Sala comparte las apreciaciones de la primera instancia frente a que, en esta clase de delitos, no necesariamente la intencionalidad del dolo puede tasarse a partir de la forma en la que ocurrieron los tocamientos; en muchas ocasiones, no depende del interés o intención del agente, sino de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y/o de la facilidad con la que pudo realizar los tocamientos. Recordemos que, en este caso, la víctima **Y.N.R.J** declaró que los hechos ocurrieron en la habitación del procesado cuando había más personas en la casa, situación que la madre de la menor corroboró, por lo que el proceder del agresor estaba limitado.

También se refirió el impugnante a la jornada laboral de Gustavo Ancizar Rojas Tirado, para advertir que para la fecha en la que presuntamente habrían ocurrido los hechos, éste estaría trabajando en la sastrería de don Darío y, por tanto, a raíz de su larga y apretada jornada laboral, no podía haber cometido las conductas de las que se le acusa pues llegaba muy cansado a encerrarse a su habitación. Al respecto consideramos insólito que el defensor y el procesado, no hayan al menos encontrado un punto medio en sus impugnaciones, pues el abogado defensor en la sustentación del recurso aduce que Gustavo Rojas, para la fecha en la que

*Radicado: 05001-60-00207-2019-00825*  
*Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado*  
*Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo*

ocurrieron los hechos, estaba laborando en la sastrería de don Darío en una larga y apretada jornada de trabajo (como lo hicieron querer ver los testigos de descargo), para posteriormente contradecirse afirmando en el apartado final de su escrito al afirmar que Rojas Tirado, estaba fuera de la ciudad para el momento en que presuntamente habrían ocurrido los hechos, ignorando convenientemente el censor, que el señor Darío Alberto Pareja, declaró en juicio que Gustavo trabajó desde el 2015 hasta finales del 2018 más o menos, concretamente octubre o noviembre, por lo que teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en diciembre, las apreciaciones del defensor, son incompatibles en sí mismas y con lo verdaderamente probado durante el juicio. Y, por otro lado, el procesado afirmó en su alzada que el para la fecha de los hechos ya no se encontraba en la ciudad, porque había comprado un lote en Guadalupe y que estaba construyendo una casa para su familia, ignorando y contradiciendo lo argumentado por su abogado defensor.

Echó de menos el defensor como medio de corroboración, un examen de Medicina Legal que acreditara la agresión sexual sobre las víctimas, y sorprendentemente cita como fundamento de su apreciación el artículo 422 de la Ley 906 de 2004, el cual hace referencia a la prueba novel, lo que a todas luces es completamente impertinente, pues la aplicación del artículo 422, es excepcional y sobre aspectos noveles del conocimiento, lo que hace alusión a un tipo de evidencia o método de prueba innovador o novedoso para el campo legal, trayendo consigo nuevas tecnologías forenses, como los análisis de ADN avanzados, técnicas de reconocimiento fácil, resonancias magnéticas, entre otras, lo que no es igual al informe médico-legal sexológico, que si bien también es una prueba pericial (como exige la prueba novel), no se trata de un aspecto novedoso del conocimiento, dado que su práctica, se ha vuelto común y ha sido aceptada como medio de convencimiento en el proceso penal.

Además, olvida el recurrente que el examen sexológico es pertinente y útil frente a los casos de acceso carnal, donde claramente hay contacto de miembros entre agresor-agredido; dicho examen busca acreditar la comisión del delito a través de las lesiones físicas causadas y del resultado de la evidencia biológica recolectada durante la valoración médica<sup>14</sup>, situación en la cual, poca evidencia arrojaría frente a un caso de actos sexuales diversos al acceso carnal, como en el *sub judice*.

**4.3.4.3.** En cuanto a la persistencia de la incriminación, las menores víctimas declararon que fueron abusadas por Gustavo Rojas en al menos una oportunidad, declaración corroborada por los testigos de cargos en general, las psicólogas, la madre de **Y.N.R.J**, y la prima de las víctimas; declaraciones que no adolecen de incongruencias, pues, aunque el censor alegó inconsistencias en las declaraciones de las víctimas, como que titubeaban al momento de contestar las preguntas, la Sala no aprecia incongruencia alguna, pues lo que observamos es a una niña intentando recordar lo vivido y siendo coherente y espontánea en detalles tanto de la ocurrencia de la agresión, como del entorno y lugar donde ocurrió, por lo que, sus declaraciones se perciben, congruentes, claras y específicas.

**4.3.5.** El procesado por su parte, en la sustentación de su recurso de apelación, hizo alusión a que para la fecha en la que presuntamente habría cometido la conducta punible él ya no se encontraba viviendo en la residencia del barrio Villa Niza, ya que se había ido a Guadalupe a realizar una construcción de una casa con un préstamo que había hecho, afirmó además que es una persona ejemplar como lo refirieron los testigos de descargo, también hizo alusión a que su esposa Sonia, le habría dicho que la menor D.M.R.J manifestó que los tocamientos habían sido mentira, para concluir cuestionándose sí él no tiene el derecho de ser escuchado en juicio.

---

<sup>14</sup> Cifuentes Osorio, S. L. *Exámenes medico legales por presunto delito sexual*. Grupo Centro de Referencia Nacional sobre Violencia. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. 2015. Pág. 358

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

En primer lugar, manifestó el procesado que para la fecha de la comisión de la conducta él se encontraba en otro lugar viviendo, en el municipio de Guadalupe, sin embargo, esta afirmación no encuentra respaldo probatorio alguno; el censor deprecó en la alzada que se solicitara a la empresa de transporte y a la entidad financiera encargada de su préstamo, la acreditación de que había hecho un préstamo en tal entidad, y que habría viajado en la época de noviembre de 2018 a Guadalupe. Frente a este aspecto, la Sala recuerda la prohibición de decretar pruebas de oficio contenida en el artículo 361 de la ley 906 de 2004, motivo por el cual, era deber del procesado y de su defensa técnica, solicitar el decreto de los medios probatorios correspondientes para estructurar su teoría del caso –o hipótesis alternativa plausible-.

Sobre lo dicho por el sentenciado de que su esposa Sonia le dijo que la menor **D.M.R.J**, le manifestó que Gustavo le había tocado la vagina, pero ella no le creyó porque ella no sabía decir vagina, si no que le decía “*Mi cosita*”. Consideramos que esta manifestación no tiene la capacidad de generar duda y, además, el procesado no tuvo conocimiento de forma directa de la misma, sin que pueda determinarse si esa existió, en virtud de lo cual, no le puede otorgar credibilidad.

Por último, el procesado se cuestionó si no tenía derecho a ser escuchado en juicio, es decir ejercer su defensa material de manera personal, al respecto, esta instancia debe precisar que los derechos del procesado han sido claros y de armónico desarrollo por la jurisprudencia, pues el derecho de guardar silencio, regulado en el artículo 394 del Código de Procedimiento Penal se constituye como una garantía en el sistema penal acusatorio; el procesado tiene el derecho de guardar silencio y en ese mismo sentido, también tiene derecho a renunciar a ese derecho y declarar en su propio juicio.

Ahora bien, el guardar silencio se puede consolidar como una estrategia defensiva de parte del apoderado defensor que, en busca de los intereses del procesado, se

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

abstenga de declarar en juicio; razones que no salen de la esfera de lo privado entre abogado y cliente, al respecto la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que *“en algunos casos, el silencio procesal puede entenderse como parte de la estrategia legítima del abogado defensor, en desarrollo de su autonomía profesional y en procura de la defensa de los intereses de su cliente; todo ello se resalta, “cuando las circunstancias así lo aconsejen, siempre dentro de los prudentes límites de la razón y con miras a la defensa de los intereses del procesado”*”, al punto de que el ordenamiento jurídico garantiza el derecho a guardar silencio, por lo que la judicatura no podrá extrañar la presencia del acusado en el estrado durante el juicio, en virtud a que ello se ha constituido como un derecho de carácter constitucional. Además, verificamos que dentro de la diligencia no se observó su ánimo de declarar, en ninguna de las etapas pertinentes, ni siquiera fue solicitado como medio de prueba durante la audiencia preparatoria, por lo que advertimos este argumento como conveniente y con el ánimo de manipular el hecho de que la estrategia de su Defensa haya sido precisamente esa.

Concluimos entonces que la absolución solicitada por el apelante con fundamento en el *in dubio pro reo* no se advierte, la Defensa no presentó una hipótesis alternativa plausible, además los testigos de descargo no permiten restar credibilidad a la declaración de las menores, se limitaron a entretener la jornada laboral de Gustavo lo cual, como se adujo, es impertinente dado que para la fecha en que ocurrieron los hechos, el procesado ya no trabajaba en la sastrería, también manifestaron que Gustavo es una persona ejemplar, que las menores habrían confesado que era mentira lo del abuso; todo ello sin presentar prueba alguna que acreditara la existencia y veracidad de sus dichos.

**4.3.6.** Así las cosas, para la Sala quedó demostrado más allá de toda duda razonable, que Gustavo Ancizar Rojas sí realizó tocamientos libidinosos en las menores **S.N.F.O** y **Y.N.R.J**, en por lo menos una oportunidad a cada una de ellas y aunque **S.N.F.O** no compareció a juicio y su declaración ingresó como prueba de referencia admisible, sus dichos fueron corroborados y verificados por los

Radicado: 05001-60-00207-2019-00825  
Sentenciado: Gustavo Ancizar Rojas Tirado  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo

testimonios de la psicóloga Clarinda Yates, de Sandra Milena Jurado Muñoz y, a su vez, de Julieth Marcela Vargas. En consecuencia, la sentencia de primera instancia no merece ningún reproche y, por ende, habrá de ser íntegramente confirmada.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia condenatoria proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín – Antioquía, en contra de **GUSTAVO ANCIZAR ROJAS TIRADO** conforme a los argumentos presentados en la parte considerativa de la providencia.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**

**NELSON SARAY BOTERO**

**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

**Firmado Por:**

**Jose Ignacio Sanchez Calle**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 014 Penal**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Hender Augusto Andrade Becerra**  
**Magistrado**  
**Sala Penal**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Nelson Saray Botero**  
**Magistrado**  
**Sala Penal**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a26d553c49e552a4368b0cc392863ec36aa77a55106ce9b49c20ad00bdc4ebc6**

Documento generado en 15/04/2024 01:27:23 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>**