



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA
PROCEDENCIA: Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Sentencia Nro. 023
Aprobada Acta Nro. 101

Medellín, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO POR TRATAR

Se pronuncia la Sala frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia Nro. 042 proferida el doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022), por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello, en la que declaró penalmente responsable a **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA** por la comisión del delito de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, de acuerdo con el artículo 209 del Código Penal, imponiendo una pena de nueve (9) años de prisión, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso. Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: **Confirma**

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos jurídicamente relevantes fueron consignados en la sentencia de primera instancia, de la siguiente manera:

"Los hechos ocurren el pasado 10 de septiembre de 2020, siendo aproximadamente las 19:30 horas, en la casa del señor JHON JAIRO GARCIA GAVIRIA, vecino de la menor A.L.P., quien jugaba afuera de su casa, siendo invitada a ingresar a la casa de aquel, con el pretexto de ver los gaticos, lo cual hace con una hermana; al observar que no estaban los gatos, salen nuevamente, pero entonces el señor GARCIA GAVIRIA toma del brazo a A.L.P. y la hala, le agarra la cara con fuerza y le da un beso, introduciendo la lengua en la boca de la menor, quien trato de gritar, pero GARCIA GAVIRIA le tapa la boca, le dice que no fuera a gritar, que dejara la bulla. La menor sale y llega a su causa y cuenta lo ocurrido."

ACTUACIÓN PROCESAL

Ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Copacabana, el once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020) se llevó a cabo audiencia de legalización de captura. La fiscalía le comunicó a **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA** que estaba siendo investigado como presunto responsable de la comisión de la conducta punible de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, de acuerdo con el artículo 208 Código Penal, sin que aceptara el cargo lanzado. Finalmente, le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro de reclusión.

El veinte (20) de octubre de dos mil veinte (2020), el fiscal del caso presentó escrito de acusación en contra del procesado señalándolo como probable responsable del delito imputado, en esa fecha, le correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello. Luego de ser reprogramada, el veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), se agotó la audiencia de formulación de

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma

acusación, en la que se llamó a juicio como probable responsable del delito de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, de acuerdo con el artículo 209 del Código Penal.

Luego de varios aplazamientos, el veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021) se llevó a cabo la audiencia preparatoria.

El juicio oral se adelantó los días doce (12) y trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021), primero (1) y veintiuno (21) de abril, quince (15) de junio y el veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022), momento en que se presentaron los alegatos de conclusión y se emitió sentido del fallo condenatorio.

El doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022) se agotó la audiencia de individualización de la pena y lectura de sentencia, frente a la que la Defensa interpuso recurso de apelación.

Mediante auto del veintisiete (27) de septiembre, se concedió la impugnación ante esta Corporación y se dispuso el envío del expediente.

LA PROVIDENCIA APELADA

La juez de primera instancia negó la solicitud de nulidad de la actuación por la degradación de la conducta punible en la audiencia de formulación de acusación toda vez que en la diligencia donde se realizó la variación no se propuso nulidad alguna, además de que

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma

no hubo modificación de las circunstancias fácticas, por lo que, basada en las reglas jurisprudenciales, no procedía tal declaratoria.

Seguidamente, se centró en analizar lo relativo a la realización de la conducta punible y argumentó que los besos en la boca no eran iguales en todos los momentos y circunstancias, de ahí que debía realizar un análisis del contexto para predicar la calidad de libidinoso, contrario de los derivados de una expresión de afecto.

Para el caso particular, de la narrativa efectuada por la víctima, consideró que el beso se sale de la afectuosidad y se traslada a la libido del agresor pues en ella generó repulsa y asco, sin que tampoco sea dable tener esa agresión como una injuria por vía de hecho, siendo indispensable que se haya probado el acto libidinoso, que sólo fue una vez y bastó para predicar la existencia de la conducta.

La prueba en este tipo de delitos es difícil y limitada dado que en su mayoría concurren de manera escondida, por lo que al ser actos que no dejan huella, se torna relevante la prueba testimonial y la indiciaria.

En este asunto, se escuchó a la víctima quien da cuenta de la forma como ocurrieron los hechos, que está lejos de ser un relato imaginario y que descarta que el beso haya sido una muestra de cariño o afecto. Adicionalmente, su relato ha sido consistente en los distintos escenarios donde ha declarado.

Varios de los testigos ponen de presente las manifestaciones dadas por el procesado al momento de ser requerido por

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años

PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Confirma

la familia de la ofendida, incluso, del agente de policía que acudió al lugar. Frente a este aspecto, indicó que de acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales el derecho a no autoincriminación surge a partir del momento en que le son leídos sus derechos como capturado, lo que ocurrió cuando fue subido al vehículo policial, pues inicialmente debían velar por su protección personal.

Con todo, encontró prueba suficiente que le permitió sustentar la condena, sin que los testigos de descargos fueran suficientes para desvirtuar la versión de la menor, tampoco se evidenció algún interés en faltar a la verdad o en perjudicar a su atacante sexual, menos aún pensar que existió una denuncia infundada por enemistad o animadversión.

Por último, argumentó que la conducta fue dolosa, típica, antijurídica, obró con capacidad de comprensión y determinación, conociendo su ilicitud y siendo exigible la realización de conducta diferente.

DE LA APELACIÓN

El defensor del encartado inicialmente deprecia la nulidad de la actuación por la variación de la calificación de la conducta punible, pues el procesado fue capturado y se le formuló de imputación por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años y en la audiencia de formulación de acusación se varió por el punible de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, situación que le impidió aceptar los cargos y recibir la rebaja de pena, además de limitar

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma

una estrategia defensiva acorde con el delito, pues la fiscalía obró con una calificación jurídica inflada.

Por tanto, solicita se declare la violación de las garantías constitucionales y legales, así como del principio de coherencia entre la imputación y la acusación, hasta el momento en que se presentó la formulación de imputación, pues se afectó el debido proceso y el derecho de defensa, afectando el principio de trascendencia de la nulidad *–al sorprender a la defensa con variaciones jurídicas e indeterminación del tipo penal–*.

De otro lado, hace una censura de los testigos de la fiscalía, iniciando con un reproche frente a la declaración del agente de la Policía Nacional que realizó la captura del procesado y la forma en que se desarrolló la valoración médico legal.

Arguyó que lo ocurrido se trató de un beso, en el que no hubo introducción de la lengua, según lo indicó la víctima, lo que tampoco coincide con lo expresado en la entrevista realizada en el CAIVAS.

En cuanto al análisis de responsabilidad efectuado por el despacho, consideró que se hizo de manera parcializada, pues el ingreso de la menor a la vivienda del procesado ocurrió de manera voluntaria, lo que descarta la existencia del engaño y de paso elimina la intención del procesado. No acepta que se diga que se contó con un testigo único con suficiencia demostrativa, pues se atacó la declaración de la menor, además de que hay inconsistencias y contradicciones frente a los demás testigos.

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años

PROCESADO: **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: **Confirma**

La valoración probatoria realizada por la primera instancia no fue la correcta para extraer el conocimiento más allá de toda duda razonable para inferior la existencia del delito y la responsabilidad penal del procesado pues los testigos no cuentan con idoneidad física y moral, además de que se evidencian contradicciones, interés en mentir, divergencias, idoneidad del perito y la falta de valoración de los testigos de descargos.

Por tanto, solicita se revoque la sentencia condenatoria y se absuelva a **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA** del delito de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años.

PRONUNCIAMIENTO NO RECURRENTES

FISCAL

El delegado del ente acusador solicitó no atender la solicitud de nulidad de la actuación en virtud del principio de preclusividad de los actos procesales, pues el abogado actuó desde la acusación hasta la finalización del juicio oral.

Frente a la valoración probatoria observó sagacidad para enredar lo sucedido en el juicio oral, encontrando un adecuado estudio por parte de la juez de instancia.

Deprecia se mantenga incólume la decisión de primera instancia.

APODERADO DE VÍCTIMAS

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma

El representante de la agredida consideró que se hizo una debida valoración de la prueba y producto de eso es que el recurrente solicita algún tipo de beneficio en favor de su defendido. Acreditado está el conocimiento previo del encartado con las menores que ingresaron a su vivienda a ver a un felino y tampoco se puede decir que no se consumó la conducta por el hecho de que la menor haya cerrado sus dientes al momento del beso.

Tampoco le asiste razón frente a la congruencia entre lo imputado y lo acusado, pues los hechos hablan por sí solos. Resaltando como hecho las excusas del encartado a la madre de la menor luego de ocurridos.

Por tanto, consideró que la valoración probatoria es adecuada.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

El artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, establece que las Salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial son las competentes para decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias proferidas por los Jueces penales del circuito pertenecientes al correspondiente distrito.

Este evento se ajusta a la previsión legal pues la providencia sometida a nuestro conocimiento fue proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, despacho adscrito a este distrito.

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: **Confirma**

Hay, en nuestro criterio, sustentación suficiente para que podamos pronunciarnos sobre el fondo del asunto, siendo límite de nuestra intervención, conforme a la técnica del recurso, los aspectos cuestionados por la recurrente.

El recurrente plantea dos problemas jurídicos. El primero, relacionado con una posible ineficacia de los actos procesales dado que a **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA** se le imputó el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años que le fue degradado a Actos sexuales abusivos con menor de catorce años en la audiencia de formulación de acusación, motivo por el cual, afirma, se debe decretar la nulidad de lo actuado. El segundo, respecto de la valoración probatoria realizada por la primera instancia, esto es, si con las pruebas practicadas en el juicio oral se pudo demostrar, en los términos que exige el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, que **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA** cometió el delito por el que fue llamado a juicio.

DE LA CONGRUENCIA

Para resolver el primer problema jurídico planteado por el recurrente, debemos indicar que lo pretendido se relaciona con la degradación de la conducta punible de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, a la de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años en desarrollo de la audiencia de formulación de acusación que se llevó a cabo el veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma

El principio de congruencia se encuentra se encuentra previsto en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, que señala:

“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena”.

Dicho postulado busca que el procesado pueda ejercer su defensa sin ser sorprendido con imputaciones frente a las cuales no tuvo la oportunidad de hacerlo debidamente.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciaDO en abundantes decisiones en las que ha decantado poco a poco los alcances de este principio, de tal suerte que:

“No se duda de la importancia total que comporta el principio de congruencia, en cuanto, manifestación necesaria del debido proceso y sus correlatos derechos de defensa y contradicción, en el entendido que para la parte acusada se hace necesario, no solo conocer los cargos por los cuales se convoca a juicio, sino defenderse adecuadamente de los mismos, en seguimiento de lo que sobre el particular consignan los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; por cuya consecuencia, además, resulta contrario a dichas garantías que se le condene por algo diferente al objeto de controversia.

No se discute, así mismo, que dicha congruencia opera en los planos fáctico, jurídico y personal¹, para de ello significar que se trata de que el fallo coincida con la acusación, en principio, respecto de la identificación del condenado, la descripción fáctica de los hechos jurídicamente relevantes y su denominación jurídica.

También ha sido definido que, en punto de las consecuencias del principio de congruencia, la determinación jurídica posee una connotación si se quiere flexible, por virtud de lo cual es factible que en curso del juicio se pueda modificar la misma (...).

¹ Radicado 10868, del 19 de julio de 2001

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años

PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Confirma

De manera contraria, ya ha sido acuñado pacíficamente que la descripción fáctica – o hechos jurídicamente relevantes, como así lo rotula la Ley 906 de 2004- no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, entendido este como el trámite formalizado que comienza con la formulación de imputación y termina con la sentencia ejecutoriada”².

Conforme a lo allí expuesto, el principio de congruencia comporta dos enfoques: el primero es el derecho que tiene el imputado a conocer de manera clara y precisa los cargos por los que se le acusa y el segundo es la correspondencia que tiene que existir entre los formulados en la acusación y los consignados en la sentencia.

La coincidencia debe ser absoluta desde lo fáctico, mas no desde lo jurídico, pues conforme lo ha analizado la Corte Suprema de Justicia, es viable emitir condena por un delito de menor entidad cumpliendo unos parámetros suficientemente conocidos, esto es, que la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación y que no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes.

La jurisprudencia ha precisado que el aludido postulado no puede ser matizado cuando el funcionario judicial condena en los siguientes eventos: (i) por hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; (ii) por un delito jamás mencionado en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación; (iii) por el injusto por el que se acusó, pero se le adicionan una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, o (iv) por la conducta punible imputada en la acusación, pero se le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación³.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4792 del 7 de noviembre de 2018, radicado 52507.

³ [cfr., entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685].

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma

Es importante reiterar que la finalidad del principio de congruencia no es otra que el procesado y su defensor, a partir de un adecuado conocimiento de los hechos y delitos que se le endilgan, puedan adelantar su tarea investigativa y de contradicción.

Por ello, la incongruencia entre acusación y sentencia se manifiesta cuando una persona es condenada por hechos y delitos que no fueron imputados en la acusación. En ese sentido, si, como ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la congruencia es un *principio del debido proceso que incorpora la lealtad como elemento de configuración de un juicio justo*"⁴ el núcleo esencial de dicho principio y el necesario equilibrio entre la acusación, como acto condición y la sentencia, su acatamiento es inobjetable.

De manera reciente⁵, la alta corporación reiteró que la violación al debido proceso y al principio de congruencia se presenta cuando no se concretan de manera clara y completa los hechos jurídicamente relevantes⁶.

Al entrar a estudiar lo ocurrido en el trámite del proceso, encontramos que ante la Juez Primera Promiscua Municipal con funciones de control de garantías de Copacabana (Antioquia) se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación el once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020), en la que se le comunicó a **JHON JAIRO**

⁴ SP del 23 de septiembre de 2019, radicado 46382.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP741 del 10 de marzo de 2021, radicado 54658.

⁶ La Sala de manera reiterada ha señalado que el principio de congruencia se constituye en una garantía del debido proceso que implica asegurarle al procesado una efectiva defensa, de modo que solo podrá ser condenado por los hechos y los delitos contenidos en la acusación. Se evita así sorprenderlo con imputaciones respecto de las cuales no se defendió y no ejerció su derecho de contradicción (ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; CSJ SP6354-2015, rad. 44287; CSJ SP9961-2015, rad. 43855; CSJ SP5897-2015, rad. 44425; CSJ SP15779-2017, rad. 46965, CSJ SP20949-2017, rad. 45273).

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma

GARCÍA GAVIRIA, que estaba siendo investigado por la presunta comisión de la conducta punible de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en los términos del artículo 208 del Código Penal.

Luego de un par de aplazamientos, solicitados por la defensa –*que huelga resaltar se realizaron por el profesional del derecho que recurre en esta oportunidad*– para revisar unos aspectos relacionados precisamente con la calificación jurídica y un posible cambio, en diligencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021) se agotó la formulación de acusación en la que el fiscal delegado realizó la variación de la calificación jurídica, al argumentar que de las circunstancias fácticas se desprende que la adecuación típica correspondía al tipo penal de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, conforme al artículo 209 del Código Penal, por lo que, en nuestro criterio, no se modificaron los hechos jurídicamente relevantes.

En desarrollo de la audiencia, el defensor, que, insistimos, es quien recurre en esta oportunidad, no realizó observación o manifestación alguna a tal modificación, por lo que, surge evidente, aceptó la variación a la calificación jurídica en ese momento procesal, y en virtud al principio de preclusividad de los actos, convalidó esa situación, por lo que mal haría, como lo pretende, después de agotado el juicio oral en su integridad, donde también participó, alegar una vulneración al principio de congruencia, cuando durante toda la actuación estuvo presente y conocía perfectamente lo acontecido.

Esta degradación en la calificación jurídica de la conducta, no afectó el principio de congruencia, en la medida que las circunstancias fácticas no han sido modificadas, sino que únicamente

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma

se realiza una alteración en la calificación de la conducta punible, cuya nueva atribución jurídica es de menor entidad, amparando idéntico bien jurídico tutelado y frente a la que también tuvo la posibilidad la defensa de pronunciarse desde el primer momento en que inició la fase de conocimiento y donde pudo estructurar su estrategia defensiva para abordar el juicio oral.

El artículo 12 del Código de Procedimiento Penal establece la lealtad como principio rector de la actuación, el que está desarrollado en el numeral 1 del artículo 140, y les exige a las partes proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, entre ellos, se le exige obrar de tal manera a la defensa, por lo que, si de ser puntillosos se tratara, incluso la forma de actuar del recurrente en esta oportunidad podría decirse que afecta tal principio, en la medida en que, reiteramos, la variación de la calificación jurídica en los términos realizada era completamente permitida y de manera alguna afectó el principio de congruencia, menos aún alguna prerrogativa de la defensa.

Es por lo anterior, que no es posible acceder a la solicitud de nulidad de la actuación invocada por la defensa de **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**.

DE LA VALORACIÓN PROBATORIA

Superado lo anterior, debemos estudiar el segundo problema jurídico planteado, esto es, el relacionado con el análisis probatorio efectuado por la juez de primera instancia para emitir condena en contra del acusado.

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años

PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Confirma

Sea lo primero indicar que para el caso de los delitos atentatorios contra la libertad, formación e integridad sexuales donde son víctimas menores de edad, la clandestinidad en la que suceden los hechos –*por regla general*–, lleva a que la versión del agredido sea determinante en aras de dilucidar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se presenta la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado. El caso presente presenta algunas particularidades que bien vale la pena tomar en consideración.

Así entonces, cuando se presenta un atentado de esta naturaleza, esto es, cuando hay una afectación a la dignidad y autonomía ética de un menor de edad, se ha reconocido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que la versión dada por estos *goza de especial relevancia y de elevado mérito persuasivo*⁷, sin embargo, no significa que sus dichos no puedan ser objeto de censura o crítica por parte del fallador. El Código de Procedimiento Penal establece una regulación acerca de la forma como debe ser valorado un testimonio o que sus manifestaciones sean incorporadas por otro medio probatorio.

No debe dejarse de lado que conforme al artículo 402, el testigo únicamente podrá declarar acerca de lo que, en forma directa y personal, haya podido observar o percibir, y, para su valoración se deben seguir las reglas del artículo 404, esto es, deberá tener en cuenta:

“los principios técnico-científico 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

⁷ Véase entre otras: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2944 del 12 de agosto de 2020, radicado 55663; Sentencia SP1721 del 15 de mayo de 2019, radicado 49487.

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años

PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Confirma

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".

El testimonio de los menores ha sido objeto de bastantes pronunciamientos por parte del órgano de cierre en lo penal, en especial por el tratamiento legal que se le ha dado en razón al reconocimiento de su especial protección constitucional. Así ha indicado:

"En ese margen hay que convenir en que el testimonio de los menores de edad ha sido tratado con una delicada ductilidad atendiendo la reconocida primacía constitucional de sus derechos (artículo 44 de la Constitución Política)⁸, pero eso no autoriza que su declaración se pueda analizar por fuera del conjunto probatorio, o excluyendo pruebas o mutilando otras, o al margen de toda crítica, en perjuicio de los derechos del acusado, pues como también lo ha expresado la Sala:

"Lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria."⁹

O, más recientemente:

"Bajo ninguna circunstancia puede entenderse que las personas que comparecen al proceso penal en calidad de víctimas tienen derecho a que, irremediablemente, se emita una sentencia condenatoria, así ello implique la eliminación de los derechos del procesado. Ello negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal..."¹⁰,¹¹

⁸ [Cita inserta en el texto transcrito] Cfr., por todos, y en detalle, CSJ. SP, del 11 de julio de 2018, Rad. 50637.

⁹ [Cita inserta en el texto transcrito] CSJ. SP del 4 de septiembre de 2002, radicado 15.884, reiterada en SP del 10 de octubre de 2.007, radicado 24.110.

¹⁰ [Cita inserta en el texto transcrito] CSJ. SP del 11 de junio de 2018, radicado 50637. En igual sentido, y en detalle, CSJ SP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2944 del 12 de agosto de 2020, radicado 55663, al retomar lo indicado en la Sentencia SP1721 del 15 de mayo de 2019, radicado 49487.

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma

En virtud del principio de libertad probatoria, señalado en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, y del sistema de libre persuasión racional que se regula en la Ley 906 de 2004, no se hace necesaria la existencia de una prueba específica en aras de llevar al juez al convencimiento más allá de toda duda, exigido en el artículo 381. Tampoco se descarta que al fallador le baste un testimonio único para lograr ese grado de conocimiento para la emisión de un juicio de reproche.

Sin embargo, dada la dificultad probatoria que se presenta en este tipo de delitos y de víctimas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al retomar algunos conceptos elaborados por el derecho español, ha traído la importancia de las pruebas de corroboración periférica de los hechos, así ha argumentado:

*“Pero en los casos en los que no quedan huellas físicas, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la **corroboración periférica de los hechos**, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la víctima. En tal sentido, la Sala ha señalado:*

*En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...). 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***

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años

PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Confirma

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. (SP1525-2016)"¹²

De manera particular, ha concretado estos criterios para tenerse en cuenta al momento de abordar el estudio de las incriminaciones dadas por las menores víctimas de agresiones sexuales, así:

"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" (CSJ. SP, abr. 11 de 2007, rad. 26128)"¹³.

Todo lo anterior, con la finalidad de revestir de plena credibilidad las manifestaciones de los menores y así sustentar el grado de conocimiento establecido en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para la emisión de una decisión de condena adversa a los intereses del procesado y así no afectar la prerrogativa constitucional de la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

Para entrar a estudiar el caso objeto de apelación, debemos partir de las manifestaciones dada por la víctima en el juicio oral, de tal manera que A.L.P. recordó que fue llamada a declarar porque **JHON JAIRO** le había dado un *pico con lengua en la boca*.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP108 del 30 de enero de 2019, radicado 51672

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5395 del 6 de mayo de 2015, radicado 43880.

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años

PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Confirma

Al momento de ser interrogada acerca de lo ocurrido, narró que, a eso de las seis de la tarde, se encontraba jugando con sus amiguitas, cuando su hermana C., le pidió a **JHON** que la dejara ver unos gatos, ingresando a la vivienda, primero su hermana y detrás ella, en el camino, al interior del inmueble, le dijo a C. que allí no había felinos, por lo que ésta salió de la casa, y, al intentar salir la declarante, **JHON** la cogió del brazo y le dio un beso con lengua.

Precisó que él le metía la lengua y ella cerraba los dientes para que no lo siguiera haciendo. Al terminar, ella escupió por asco y le dijo *cochino*, frente a lo que su agresor le tapó la boca, le dijo que no fuera a contar nada y le dio un dulce.

Manifestó que, al salir del inmueble, se dirigió a donde su *mamita* –*María Witer Peña*– a contarle lo ocurrido, luego fueron a donde **JHON** quien le pidió perdón, seguidamente se dirigieron hacia la casa, y su consanguínea llamó a su madre a contarle, su mamá llegó a la vivienda, habló con su abuela y se dirigió a donde su agresor a golpearlo, sumándose posteriormente su tío.

Por último, llegó la policía a la vivienda de **JHON** –*donde además tenía una tienda*– para calmar a su mamá, le dijeron al señor que saliera y al salir lo esposaron, los montaron todos a la patrulla, los llevaron al comando y luego al médico.

En aras de dotar de plena credibilidad a la versión de la menor víctima, por el ente acusador se aportó prueba de corroboración periférica de sus dichos, relacionadas inicialmente con la

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años

PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Confirma

revelación de lo ocurrido a su abuela –con el correspondiente cambio comportamental–, la gresca presentada por su madre y la comunidad hacia el procesado, y la intervención de las autoridades policiales.

María Witer Peña Sosa, abuela de la menor A.L.P., recordó que el jueves diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020), sus nietas –C. y A.– estaban a su cuidado dado que su hija Vanessa se encontraba en una entrevista, cuando se dirigió al culto cristiano –que queda distanciado del sitio de ocurrencia de los hechos a unas dos cuadras– y luego de transcurrir aproximadamente unos 30 minutos, uno de los hermanos de la iglesia le dijo que la estaban buscando afuera, al salir se encontró con su nieta A. que estaba llorando, nerviosa, temblorosa, no podía hablar, cuando le contó que **JHON** la había cogido y la había besado.

Luego se dirigió hasta donde el señalado y **JHON** abrió la puerta llorando, le pidió perdón y le suplicó por ayuda, reaccionó la testigo diciéndole que debía entenderse con Vanesa –la madre de la menor–.

Con el anterior testimonio se ratifica lo ocurrido momentos después de los hechos materia de juzgamiento, toda vez que la menor acudió ante su abuela para revelar lo ocurrido, poniendo de presente el estado de ánimo de la menor, y la testigo, luego de conocidos los hechos, acudió ante **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA** para increparlo acerca de lo manifestado por su nieta, por lo que también da cuenta de la reacción que esta persona tuvo.

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: **Confirma**

Siguiendo el orden cronológico de lo ocurrido, encontramos la declaración de *Vanessa López Peña* –madre de *A.L.P.*–, quien explicó que una vez recibió la llamada de *María Viter Peña Sosa*, regresó a su casa, y luego de conocer los hechos, fue hasta la casa–tienda de **JHON JAIRO** a reclamarle sobre su actuar. Reclamo que, aceptó, fue airado, pues lanzó frases insultantes e improprios en su contra y derivó en una agresión física, se le sumó su hermano y la gente del barrio que se empezó a aglomerar.

Continuó narrando que, al llegar a la vivienda del enjuiciado, él le abrió la puerta, se arrodilló y le pidió perdón. Aceptó haber llamado a la policía, y cuando llegó al sitio, el procesado admitía lo que hizo y seguía pidiendo perdón, finalmente los trasladaron en un vehículo hacia el comando.

Mauricio López Peña –tío de *A.L.P.*– también recordó haber llegado a su vivienda, y prácticamente le extrajo la información de lo ocurrido a su madre *María Viter*, luego se dirigió hacia la casa de **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**, quien les abrió la puerta, y ante lo insultos lanzados, se arrodilló, les hacía gestos de súplica y les pedía perdón. Logró arrancar la reja de ingreso al inmueble y golpear al encartado.

Finalmente, narró que se llamó a la policía dada la aglomeración de personas en el lugar y la protección brindada en ese momento.

El patrullero de la Policía Nacional, *Fredy Ferney Lopera Ortega*, manifestó que el diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020) estaba en una patrulla de vigilancia del municipio de

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años

PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Confirma

Copacabana (Antioquia) cuando le informaron vía radial que en el barrio La María había un sujeto que presuntamente había abusado o intentado abusar de una menor.

Al llegar al sitio, con la patrullera Carolina Pérez, se notó la aglomeración de personas, lo que hizo fácil la identificación del lugar, lograron ubicar a la señora Vanessa, tocaron a la puerta señalada, salió un señor, quien voluntaria y espontáneamente, llorando les dijo que había acabado de cometer un error, que había besado a una niña y constantemente pedía perdón. Recordó que se llamaba **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**.

En razón al señalamiento y la aglomeración de personas, decidieron pedir apoyo de un vehículo policial, para brindar seguridad *–para evitar que lo lincharan–* y trasladar al sujeto a las instalaciones de la URI Norte.

Refirió que al llegar al inmueble observó a la niña muy nerviosa y llorando.

Fue claro en advertir que eso ocurrió a eso de las siete y cuarenta y cinco y las ocho de la noche, pues, reiteró, ya era de noche.

Por último, clarificó que la captura y la lectura de los derechos como capturado ocurrió al momento de subirlo al vehículo policial para su traslado.

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años

PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Confirma

Con todo lo visto hasta el momento, encontramos que el relato de la menor se encuentra ratificado con los testigos de cargos, en la medida en que son coincidentes respecto de lo ocurrido después de la revelación de lo ocurrido, esto es, del momento en que sus familiares se dirigieron a la casa del enjuiciado para recriminarlo sobre su actuar, lo que se hizo de manera airada y mediante el empleo de vías de hecho, toda vez que aceptaron que se usaron palabras soeces y violencia física frente a **GARCÍA GAVIRIA**.

No hay lugar a dudas respecto del procedimiento policial desplegado, esto es, de la llegada de los gendarmes, la actitud de arrepentimiento del procesado, la aglomeración de personas del barrio La María de Copacabana (Antioquia) en la entrada de la casatienda de **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**, el traslado del acusado y la menor víctima, inicialmente a las instalaciones de la URI Norte y luego para el hospital local.

Todo ello permite afirmar que el relato ofrecido por la menor se encuentra ubicado en tiempo y espacio, pues habló de que los hechos se llevaron a cabo en la casatienda del encartado, a eso de las seis de la tarde, en el barrio La María de Copacabana (Antioquia).

No hay elemento alguno que indique o sugiera la presencia de un ánimo de animadversión, enemistad o rencor de A.L.P. hacia **GARCÍA GAVIRIA**, que, revista su declaración de incredulidad, por el contrario, se planteó por Vanessa López Peña, María Viter Peña Sosa y Mauricio López Peña, que el procesado gozaba de buen concepto dentro de la comunidad del barrio La María de Copacabana (Antioquia),

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años

PROCESADO: **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: **Confirma**

pues era una persona de toda la vida del sector, era un hombre de hogar, trabajador que no tenía inconvenientes con nadie.

Entonces, al descartar completamente que la incriminación de A.L.P. hacia **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA** esté revestida de algún resentimiento en la relación entre agresor-agredido, denotamos la inexistencia de un interés en perjuicio del citado ciudadano, e implica que no tenemos elementos que pongan en entredicho la aptitud probatoria de lo dicho, lo que permite darle pleno valor suasorio.

De otro lado, encontramos persistencia en el señalamiento dado por A.L.P. hacía **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**, pues desde el primigenio momento en que ocurrió la revelación de lo ocurrido hacia su abuela María Viter Peña Sosa, siempre aludió al enjuiciado. Tal incriminación se reiteró en la entrevista recibida por Sandra Yolima Torres Rúa, el once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020), en el relato de la anamnesis de la valoración médico legal a cargo de Ricardo de Jesús Toro Osorio, de idéntica fecha.

Además, como se vio, la menor en desarrollo del juicio oral reiteró que el autor de los hechos no era otro que el dueño de la tienda **JHON JAIRO**.

La corroboración periférica de los hechos no implica necesariamente que haya una verosimilitud exacta en el relato dado por la menor, sino que también lleva intrínseco que las circunstancias internas –*acerca de la ocurrencia del hecho*– y externas –*relacionadas con la veracidad de las circunstancias que lo rodean*– de la narración hagan que la versión de la menor esté revestida de fiabilidad suficiente para

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma

sustentar una condena, esto es, para contar con un conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y de la responsabilidad penal en los términos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

Para nuestro caso, el señalamiento directo realizado por A.L.P. acerca de lo ocurrido se encuentra ratificado en los demás testigos de cargos, pues dan cuenta de la ubicación en tiempo y espacio respecto de la agresión, la forma en que se produjo la revelación, la actitud asumida por sus familiares, el procedimiento policial desplegado, la persistencia de su relato y la falta de presencia de algún ánimo vindicativo en contra del enjuiciado, situaciones que corroboran de manera interna y externa su exposición, y permite darle la fiabilidad suficiente para emitir condena contra de **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**.

En este punto, estimamos pertinente señalar que los besos hacia los menores de edad ha sido un tema abordado en forma reiterada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuya ocurrencia debe ser analizado dentro de un contexto de contenido y connotación sexual, pues así se vulnera el bien jurídico tutelado por el legislador, de tal suerte que de manera reciente haya explicado:

“3.6.7 No hay duda de la diferencia de los besos filiales, o “artificiales” como los llama LL.C.H.CH, que surgen del amor de padres e hijos, con los invasivos como los referidos por la menor, por su gran contenido y connotación sexuales.

No le quita tal naturaleza, la circunstancia de que el acusado al besar no hiciera manifestación alguna a la niña, en tanto el acto en sí mismo encerraba la lujuria con la que el autor procedía al besarla y de ello era consciente, pues no de otro modo se explica, que pidiera a la víctima guardar silencio para evitar la tristeza y el dolor que podría causarle a su progenitora el conocimiento de tal hecho.

3.6.8 *La Sala en relación con los besos en la boca de que son objeto los menores tiene dicho que:*

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años

PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA

OBJETO: Apelación sentencia condenatoria

DECISIÓN: Confirma

“No se trata entonces de conductas que denoten un trato afectuoso hacia el menor, sino de acciones evidentemente lujuriosas, dirigidas según se dijo a satisfacer el instinto sexual del victimario, luego en atención al estado de especial vulnerabilidad en que se hallan los menores, y considerada además la incapacidad para disponer libremente de su sexualidad”¹⁴,¹⁵.

En otra decisión, señaló:

“Ahora, admitiendo en gracia de discusión y sin perjuicio de la conclusión precedente, que el enjuiciado al momento de ser visto por la madre de la menor M.N.C.M. se encontraba dándole un «beso largo», tal conducta también constituye un acto sexual tratándose de una menor de 14 años.

Sobre dicha temática, la Corporación puntualizó:

«A propósito, la Sala ratifica el criterio expuesto a partir de la sentencia de 5 de noviembre del 2008, radicación 30.305, en el sentido de que cuando se hace objeto a un menor de edad de tocamientos en sus partes íntimas, besos en la boca o actos similares, ese tipo de comportamientos no atraen el calificativo de injurias de hecho, porque es claro que con ellos se persigue afectar la integridad sexual del perjudicado, quien por sus mismas condiciones de inmadurez dada la edad, no está en condiciones de comprender la naturaleza y trascendencia de los mismos. [...], deben ser objeto de una especial protección, lo cual implica que hechos como los aquí investigados se valoren en su justa medida y susciten el reproche punitivo adecuado»¹⁶,¹⁷.

En ese contexto, encontramos, según la prueba evacuada, para el caso en particular, el actuar de **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA** se salió completamente del ámbito de la afectuosidad y el cariño, trasladándose a la satisfacción de la libido del sujeto activo de la conducta porque, en la forma en la que se produjeron los hechos, encontramos que el procesado le impidió a la menor su salida de la vivienda, al tomarla por su brazo, a pesar de haber ingresado voluntariamente para decirle a su hermana que allí no se encontraban los

¹⁴ CSJ SP, 16 may. 2012, rad. 34661. Reiterada en SP, 24 oct. 2016, rad. 47640 y SP, 10 mar. 2021, rad. 57864.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP564 del 2 de marzo de 2022, radicado 56994.

¹⁶ CSJ, 16 may. 2012, Rad. 34661, reiterado en SP15269-2016, Rad. 47640

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP784 del 10 de marzo de 2021, radicado 57864.

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: **Confirma**

felinos que habitualmente se hallaban, situación que le exigía al acusado velar por la protección de los menores y no limitar su derecho de locomoción.

Luego, no le bastó con poner en contacto sus labios con los de la ofendida, sino que además introdujo su lengua por la cavidad bucal, frente a lo que la menor, para evitar continuar con el acto del que estaba siendo víctima, cerró los dientes. Lo que le produjo repulsa y asco, al punto que, como lo narró, le dijo *cochino* y escupió.

Así las cosas, consideramos que el accionar del encartado implicó una ofensa a la autodeterminación de A.L.P., haciendo la claridad que, dada su edad, deriva en la falta de condiciones de madurez para su disposición de su sexualidad, integridad y formación sexual, lo que evidentemente afectó el bien jurídico tutelado, por lo que es consecuente el reproche jurídico penal.

Con todo, no hay lugar a duda alguna que la menor L.A.P. fue besada de manera irregular por **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA**, lo que claramente acredita la materialidad de la conducta de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, de acuerdo con el artículo 209 del Código Penal, así como la vulneración del bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexual en los términos de la sentencia de primer grado, motivo por el cual habrá de ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

PROCESO: 05212 60 00201 2020 01671
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
PROCESADO: JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Confirma

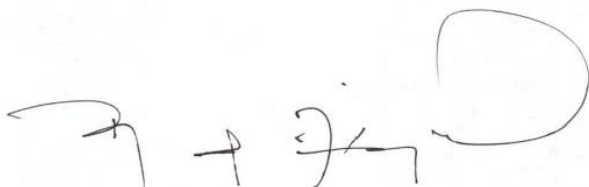
FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia Nro. 042 proferida el doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022), por la Juez Segunda Penal del Circuito de Medellín, en la que declaró penalmente responsable a **JHON JAIRO GARCÍA GAVIRIA** por la comisión del delito de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, de acuerdo con el artículo 209 del Código Penal.

SEGUNDO: En contra de esta decisión procede el recurso de casación que deberá ser interpuesto y sustentado conforme a lo previsto en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la ley 1395 de 2010 y normas concordantes. Quedan partes e intervinientes notificados en estrados judiciales.

La lectura de la providencia, conforme lo permite el artículo 164 de la Ley 906 de 2004, es delegada, en forma expresa por la Sala, al Magistrado Ponente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado

-Con Salvamento de Voto-



Salvamento de Voto

Radicado: 05212-60-00201-2020-01671
Procesado: Jhon Jairo García Gaviria
Delito: Acto sexual abusivo con menor de 14 años
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria

Salvo el voto por no compartir la decisión mayoritaria de confirmar la decisión condenatoria de primer grado, en tanto en el hecho por el cual fue condenado Jhon Jairo García Gaviria se consideró como un acto sexual, pese a que se limitó al acto de besar en la boca a la menor A.L.P., sin tocamiento alguno.

Mi postura se debe a que en el caso concreto puede no considero que un beso en la boca constituye un acto sexual. Sobre el punto, el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 5 de noviembre de 2008, Radicado No. 30.305, con ponencia del Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, tiene una acotación a modo de comentario u *obiter dicta*¹, sobre cómo algunas altas autoridades judiciales de Costa Rica han tratado el asunto, cuyo propósito, al parecer, es restarle fuerza a la doctrina que informa la sentencia del 2 de julio de ese mismo año, Radicado 29.117, M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero, en la que un beso en la boca con introducción de la lengua y tocamientos en los glúteos no fue considerado acto sexual, “*porque, en estricto, aquí no hubo un acto de connotación sexual...*”.

A mi juicio los marcos jurisprudenciales de la resolución del asunto aunque se han inclinado por la postura contraria a lo que pienso, apenas están en desarrollo, por lo que se trata de definir si el beso señalado en los hechos es un acto sexual, de modo que la

¹ En la misma providencia se advierte que la alusión al punto se hace a modo de ilustración.

conducta se entienda reprimida penalmente, aspecto específico que, es sabido, no necesariamente coincide con el reproche moral que amerita el acto, el cual bien puede hacerse, pues el comportamiento del justiciable no deja de ser un acto de abuso intenso contra la intimidad de la menor.

La conducta por la que se procede está descrita en el artículo 209 del código penal, que en lo pertinente dice:

“El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años...”

Como a primera vista se percibe, el texto normativo no resuelve el punto en cuestión sino, a mi entender, la cultura vigente en la sociedad, como lo reafirma que dentro de la clasificación de los elementos descriptivos o normativos del tipo, Claus Roxin ubica el concepto de *“acciones sexuales con cierta relevancia”* dentro de los elementos normativos, por cuanto demanda una valoración cultural².

En consecuencia, juzgó que las razones esbozadas para forjar el nuevo criterio jurisprudencial, aunque son válidas y fundamentadas, como (i) la especial protección que merecen los menores de edad y la guarda de su formación sana, o (ii) el ánimo libidinoso que pudo acompañar la acción, carecen de pertinencia y entidad, pues para definir si un beso es un acto sexual entiendo que lo que debe auscultarse es su sentido actual en la cultura vigente en nuestro medio.

Esto se trae a colación solo para remarcar que definir si estamos en presencia de un acto sexual con el beso que Jhon Jairo García Gaviria le dio a la menor concretamente en el caso por el cual se declaró su responsabilidad penal, exige una

² *Derecho Penal*, Parte general Tomo I. Civitas. 1997. Madrid Pág. 306

apreciación de la cultura vigente al respecto, específicamente en nuestro país.

De ordinario, los hechos en el derecho, como fenómeno social, están atravesados por las perspectivas con las que se les aprecie, así en los delitos podría considerarse la especial visión del victimario, la víctima o del observador que, se supone, puede tomar alguna distancia de los dos. Esta premisa cobra especial importancia en este asunto concreto en el que aún en el comentario que reproduce la citada providencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se reconoce que el beso es un caso límite.

Si bien en la sentencia foránea se intenta ofrecer el rasero de examinar las circunstancias para determinar la intención que motivó al sujeto agente, es un aspecto que concierne más al dolo que a la descripción de la conducta, la que debe surgir, sin duda alguna, como un acto libidinoso, en el sentido de que para el observador se perciba un acto de deleite carnal. Por ende, entendemos que el asunto en sede de tipicidad objetiva se define en su realidad cultural, puesto que a la postre es la que le dará elementos conscientes e inconscientes a la ahora adolescente para asimilar de un modo u otro el acontecimiento después del suceso y en el desarrollo de su vida.

Una característica relevante en Occidente es la represión que se ejerce sobre el sexo, la que según Michel Foucault en la Historia de la Sexualidad se convierte a la postre en un mecanismo de incitación, por lo que es usual que se presente sobre la actividad sexual cierta discreción, la que se ha venido perdiendo en los eventos de besos en la boca. Antes se presentaba con vergüenza, que como muestra de ella puede rememorarse la forma como en ciertas danzas folclóricas se simbolizaba su realización, lo cual ocurría por imperativos culturales vigentes para inicios del siglo pasado.

El beso en la boca, sin siquiera algún tocamiento en una parte del cuerpo de la menor A.L.P., como ocurre en este caso, es común

que se presente en situaciones que no indican concluyentemente el carácter sexual de la acción.

Por lo demás, no es infrecuente que los padres se besen ante sus hijos, incluyendo los menores; lo hacen el novio y la novia en la iglesia al casarse; en las calles, sin mayor recato, las parejas de enamorados se dan besos; y no es nada extraño que en los programas que transmite la televisión se selle la muestra de amor con un beso. Aún más, en la actualidad no es extraño que algunos padres besen a sus hijos en la boca, incluso algunas personas lo hacen a sus mascotas. Si aún subsiste algún pudor al respecto está fundado en lo inapropiado que resulta en ciertas circunstancias dar muestra de afecto o proximidad en público; lo que dicho sea de paso también se va desvaneciendo. Dicho de otro modo, la moderación que se exhibe es por la exhibición de una conducta amorosa, de intimidad o cercanía más que por el inicio de la actividad sexual.

Por consiguiente, no se pone en cuestión que rige una protección absoluta a la libertad, integridad y formación sexuales de la menor, cuya educación sexual debe estar libre de interferencias, lo que se pone en duda es que el acto ejercido sobre ella sea un acto sexual.

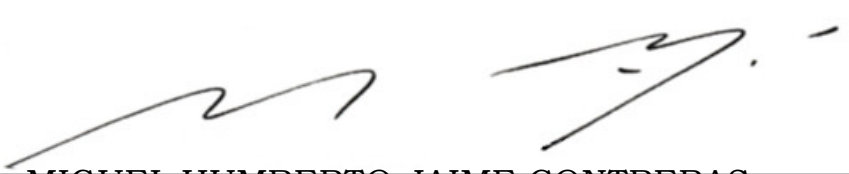
No se discute tampoco que la boca sea una zona erógena, pero si esta consideración por sí sola es la concluyente, implicaría que todo beso es un acto sexual, lo que no resulta cierto en nuestra cultura.

Desde luego que la máxima protección que merecen los niños, niñas y adolescentes no obliga a cambiar el significado social de un acto, de modo que esa especial protección por sí misma no trasmuta la realidad ontológica —si de eso se tratara— o cultural de un acto. Dicho de otra forma, hay un abuso mayor cuando se estampa abusivamente un beso en una menor que en una mujer adulta, pero ello por sí mismo no connota la característica sexual de la actuación.

Radicado: 05212-60-00201-2020-01671
Procesado: Jhon Jairo García Gaviria
Delito: Acto sexual abusivo con menor de 14 años

En síntesis, acorde a mi visión, comprometida la certeza de la tipicidad objetiva de la infracción lo procedente era revocar la condena.

Lo anterior dicho con el debido respeto por la posición mayoritaria,



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO
Fecha ut supra