



Sentencia de segunda instancia.
Radicado. Nro. 0521260001201201504373.
Acusado: Aníbal Montoya Cárdenas.
Delito: Demanda de explotación sexual
comercial de personas menor de 18 años y otro.
Asunto: Apelación sentencia condenatoria.
Decisión: Confirma y modifica.
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Acta Nro. 0001.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

Medellín, dieciséis de enero de dos mil
veinticuatro.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, en contra de la sentencia condenatoria proferida el 21 de marzo de 2024, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, en la que declaró penalmente responsable, a título de autor, al señor **Aníbal Montoya Cárdenas** por la comisión de las conductas punibles de Demanda de explotación sexual

comercial de persona menor de 18 años de edad, en concurso sucesivo y homogéneo, y en concurso heterogéneo con el delito de Actos sexuales con menor de catorce años, de conformidad con los artículos 217A, 209 y 211 numeral 2 del Código Penal.

Como consecuencia, le impuso una sanción principal de 15 años y 6 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Finalmente, no le fue concedido subrogado alguno.

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos génesis del presente proceso sucedieron, según lo narrado en escrito de acusación, en los siguientes términos:

“El día siete (7) de septiembre del año dos mil quince (2015) ante la Uri Norte, denunció la señora Adriana María Pino Zapata, unos presuntos accesos carnales abusivos de los cuales fuera objeto su hija V.C.P., por parte de Aníbal Montoya Cárdenas, comerciante del sector Villas del Sol en la localidad de Bello; dando cuenta que tan solo el sábado 5 de septiembre de ese mismo año se había enterado por su hija, que alias “la polla” como conoce al señor Aníbal de tiempo atrás, a quienes acudían por la confianza de prestarle dinero, la había abusado sexualmente en su negocio, concretamente en el baño de la revueltería ubicada en la calle 71 62 C-05, del mismo barrio, lugar que desde los 13 años frecuentaba la menor, a donde llegaba a pedir prestado dinero, y a cambio de \$5.000 o \$7.000 pesos le realizaba tocamientos eróticos sexuales; siendo la primera vez el 27 de junio de 2015, siendo menor de 14 años, cuando inició manoseándola en su pecho, tocamientos al menos cinco que se dieron de la misma forma, incluso ya contando con 14 años de edad, para posteriormente tocarla en varias oportunidades en senos y vagina por debajo de la ropa con las manos, así como con el pene tocar la vagina de la joven y darle besos en la boca, manifestándose que todo sucedió alrededor de unas 10 veces”.

El día 19 de marzo de 2021, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de declaratoria de contumacia y formulación

de imputación ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bello, allí, se le imputaron en calidad de autor, los delitos de concurso homogéneo y sucesivo de Actos sexuales con menor de catorce años agravado (5 eventos) en concurso heterogéneo y sucesivo con Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, de conformidad con los artículos 209, 211 numeral 2 y 217 A del Código Penal, y debido a la ausencia del señor Montoya Cárdenas para manifestar su voluntad frente a la aceptación de los cargos imputados, permaneció incólume su presunción de inocencia.

En la oportunidad legal, la Delegada de la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación en contra del señor **Aníbal Montoya Cárdenas**, el que correspondió para su conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, ante el cual se desarrolló el juicio oral en sesiones del 9 de junio de 2022, 20 y 21 de abril, 16 de junio y 27 de octubre de 2023, última fecha cuando se emitió sentido del fallo de carácter condenatorio y se dio lectura a la sentencia en los términos antes señalados, decisión que fue recurrida por la Defensa.

2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

El Juez de primera instancia esbozó como problema jurídico, si los testimonios practicados por la Fiscalía daban la credibilidad para determinar si con fundamento en las pruebas, se encontraba probada y demostrada la responsabilidad penal del señor Aníbal Montoya Cárdenas en las conductas acusadas.

Inició el análisis refiriendo que en los delitos sexuales, y más aún cuando la víctima es menor de edad, se debía tener en cuenta que en su ejecución primaba lo oculto y el sujeto activo de la

conducta realizaba su actividad delictual al escondido, para el caso que atañe, fue la ofendida V.C.P. quien coherentemente narró lo ocurrido y sus dichos fueron ratificados con las demás pruebas practicada en audiencia, no tratándose como un testimonio único rodeado de varios de referencia como lo dijo la defensa, sino un conjunto de pruebas de corroboración periférica que hace que la versión otorgada por la menor de edad sea verosímil y creíble.

Indicó el *A quo* que apreció las circunstancias en que se presentaron los hechos denunciados, iterando que era la afectada una testigo de excepción para referenciar lo que realmente ocurrió, y desde esa posición de privilegio condujo a emitir sentencia condenatoria, arguyendo que aunque la Fiscalía trajo testigos para reforzar el relato de la víctima V.C.P., estos quedaron como dichos de referencia, ello en punto del modo como sucedieron los hechos materia de juicio, sin embargo, refirió que dichas manifestaciones debían ser consideradas como asuntos de corroboración periférica.

Argumentó el Juez de instancia varias circunstancias modales para determinar la responsabilidad penal, entre ellas, dónde ocurrieron los hechos, y teniendo como base la víctima testigo de excepción, se indicó por la misma que los hechos se dieron en el negocio del señor Aníbal, quien era conocido por su alias "*La Polla*" el cual para la época vivía en el barrio Villas del Sol del Municipio de Bello; también dijo que el negocio era una revueltería y que las circunstancias fácticas se dieron en el baño del local comercial, el cual era un salón pequeño sin puerta que quedaba al final del pasillo, recordando que en dicha locación se guardaban cosas del negocio como canecas y canastas.

Que, en punto a la corroboración de lo mencionado, esgrimió el Funcionario que la madre de la menor víctima, Adriana María Pino Zapata, dio cuenta de que distinguía al señor Aníbal alias “*La Polla*” y que este tiene una revueltería que queda a 10 cuadras de su casa; también la testigo Gloria Eugenia Zapata, tía de la menor, resaltó sobre la existencia del local comercial y que a Aníbal lo distinguía desde hace 35 años, indicando que el negocio quedaba en el parqueadero de la Urbanización Villas del Sol. De lo anterior consideró el Juzgador, que se corroboró lo dicho en juicio por la menor, en referencia a la existencia de la revueltería, la ubicación de la misma y quién era su propietario.

Otra de las premisas abordadas por el *A quo*, fue cuándo habían sucedido los hechos, lo que extractó de lo contado por la menor V.C.P., cuando indicó que la ocurrencia se centró entre los años 2014 y 2015 cuando tenía más o menos 14 años, resaltando que los recordaba porque en el día de su cumpleaños, tenía susto creyendo estar embarazada, porque Aníbal había pasado el pene por su vagina, teniéndose probado que la menor para el 28 de junio de 2015 cumplió 14 años y antes de esa fecha, ya se venían dando los tocamientos. Indicó el Fallador que a los menores de edad no debe exigírseles una fecha exacta de los hechos, más si probable, situación que se dio en el juicio por la víctima.

En cuanto al tiempo, resaltó que fue clara la menor al contar que había cumplido los 14 años el 28 de junio de 2015 y que en su consideración dicha fecha era importante en los hechos jurídicamente relevantes, dado que la Fiscalía tomó como fecha de inicio de los tocamientos para la configuración del artículo 209 del C.P. el 27 de junio de 2015, un día antes de que la víctima V.C.P. cumpliera los 14 años. Refirió el Juez que quedaron hechos por fuera

de la acusación y bajo el principio de congruencia, solo podrían referirse a los ocurridos el 27 de junio de 2015, aun cuando la menor indicó que previo a ello, se habían dado más conductas lascivas en su cuerpo e integridad sexual, de manera que solo emitiría fallo con respecto al hecho del 27 de junio de 2015.

También se abordó por el Juez de primera instancia lo contado por la víctima en juicio, al indicar que el procesado era Aníbal y era conocido por ella como alías *“La Polla”*, asimismo que acudía donde él para que le efectuara préstamos y que con el pasar del tiempo y al existir más confianza, él le decía que se dejara tocar y le daba dinero. Destacó la coherencia interna del testimonio de la menor en el sentido de que ella contó que al principio el señor Aníbal no pasaba de tocarle el cuerpo, y después empezó a tocarle la vagina, senos y demás partes íntimas, inicialmente por encima de la ropa y luego por debajo de ella, diciéndole que *“estaba muy linda, que le gustaba y que le encantaba”*.

Relató el Funcionario que, conforme a lo narrado, se estaba en presencia de unos actos sexuales con persona menor de 14 años y que no cabía duda de que los tocamientos en los senos y el cuerpo tenían contenido erótico sexual. En relación con los actos sucedidos con posterioridad a los 14 años, es decir, a partir del 28 de junio de 2015, dedujo que estos continuaron a cambio de dinero y fueron avanzando tanto que, a lo último, V.C.P. se bajaba el pantalón y el procesado le *estregaba* el pene en su vagina, realizando también tocamientos, besos y manifestaciones lujuriosas en contra de ella, refiriéndose por la misma que ello había ocurrido entre unas 5 o 6 veces.

Por último, en cuanto al quién, resaltó que fue la menor quien manifestó que su abusador se llama Aníbal y le decían “*La Polla*”, le prestaba dinero y poseía una revueltería en el barrio Villas del Sol, ello fue corroborado con la madre de V.C.P., la señora Adriana María Pino Zapata, quien refirió que su hija le había contado que el señor Aníbal la había violado, ello debido a que ella iba a pedirle plata prestada y como ella no tenía para pagarle los préstamos, éste comenzó a tocarla, por lo que junto con su hermana Gloria, decidió hacerle el reclamo al acusado, sucediendo esto entre el 5 y 7 de septiembre de 2015. Lo anterior, fue corroborado por Gloria Eugenia Pino Zapata, quien contó cómo su hermana Adriana le reveló lo que le había contado la menor y cómo fueron a reclamarle al ciudadano Montoya Cárdenas en la entrada de su negocio.

Indicó el Juez de primera instancia, que respecto al agravante del numeral 2 del artículo 211 del C.P. quedó demostrado que existía un especial carácter del procesado, que hizo que la víctima depositara su confianza en él, ello en razón de los préstamos de dinero.

Con relación a lo normado en el artículo 217 A del Código Penal, se tuvo por probado que la idea de prestar dinero salió de la menor, pero los vejámenes sexuales a cambio de dichas prestaciones fueron idea del procesado y que, una vez cumplidos los 14 años, sucedieron entre 5 o 6 oportunidades, ultimando que así la menor hubiere prestado su aquiescencia para los tocamientos por un interés económico, esa manifestación de voluntad no era eximente de responsabilidad.

Concluyó que las circunstancias acreditadas en el juicio oral permitieron afirmar, más allá de toda duda razonable, que

el señor Aníbal Montoya Cárdenas, actuó con conocimiento y voluntad, determinándose a realizar las conductas punibles.

3. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

El Defensor del señor **Aníbal Montoya Cárdenas** presentó recurso de apelación, demandando que se revoque la sentencia condenatoria y se absuelva por duda razonable.

Manifestó que en el tipo penal contemplado en el artículo 209 C.P, tipificado como Actos sexuales con menor de 14 años, el sujeto pasivo debía ser una persona menor de dicha edad y que el tipo penal se agravaba por el artículo 211 numeral 2 ibídem, cuando el victimario tenía un carácter, posición o cargo que obligaba a la víctima a depositar su confianza en el sujeto activo de la conducta, siendo necesario que dicha situación deba ser acusada e imputada fácticamente, escenario que no sucedió en el presente caso, no bastando por la Fiscalía indicar en el escrito de acusación que *“acudía a él por confianza”*, pues allí se debía explicar fácticamente cuáles fueron esas situaciones que permitieron crear el vínculo de confianza y así mismo probarlo en juicio, situación que no ocurrió.

Otro de los reparos del recurrente, se situó en que en el interrogatorio cruzado practicado a la víctima, esta se mostró inverosímil, sin coherencia y aparentemente faltando a la verdad en ciertos puntos importantes, señalándose en diferentes etapas del interrogatorio, que los hechos se dieron cuando tenía 14 años y luego en diferentes situaciones, respondió de manera dubitativa y conveniente que todo había ocurrido un día antes de cumplir los 14

años, generándose la duda frente al elemento temporal de la ocurrencia del hecho delictual.

Resaltó también el recurrente que lo arrimado al expediente fueron pruebas de referencia, en donde cada uno de los testigos de cargo adujo frases de *“no me consta”* o *“me lo dijo”*, teniendo estos dichos tan nulo valor probatorio que no sirven ni siquiera como corroboración periférica, como lo quiso hacer ver el Juzgador. Resaltó que dicha corroboración periférica debe hacerse mediante actos de investigación idóneos que permitan demostrar o llegar al estándar probatorio necesario, resaltando que en los delitos sexuales, por lo general son dictámenes periciales suscritos por profesionales en medicina, psiquiatría y/o psicología, señalando lo testificado por el médico legista, quien indicó que era imposible determinar la existencia de la conducta ya que por lo general ese tipo de delitos no dejaban marcas o señales que permitieran inferir su ocurrencia. Por ello, afirmó que de los dichos de los testigos se puede colegir que no hay prueba de corroboración de la existencia del hecho.

Igual reparo realizó al plantear que el señor Montoya Cárdenas había incurrido en la conducta punible de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, dado que en el escrito de acusación en el fundamento o narración fáctica no se describió cómo el señor Montoya Cárdenas hizo dicha solicitud, la Fiscalía no describió si lo hizo por sí mismo o por otra persona, tampoco señaló de manera precisa cuándo hizo esa solicitud o demanda de tocamientos, limitándose solo a señalar que fue a cambio de \$5.000 y \$7.000, sin especificarse cuál fue el negocio jurídico que se presentó, dejando en divagaciones del Juzgador, la determinación de la naturaleza jurídica de ese dinero.

De conformidad con lo anterior, iteró el recurrente que es posible colegir que lo que existió entre el señor Montoya y la víctima fue una relación contractual, tipificada por el Código Civil como un contrato de mutuo o préstamo de consumo, donde no fue probado que los presuntos tocamientos fueran a expensas de esa convención, dejándose por sentado en el juicio que la víctima le adeudaba unos dineros al señor Montoya, existiendo dudas sobre la solicitud o demanda de actos sexuales. De otra parte, aseveró que el mencionado tipo penal trae otro elemento relevante y es el que señala el Legislador como *“mediante pago o promesa de pago, especie o retribución de cualquier naturaleza”* y que como bien se había probado en el juicio, el señor Montoya no hizo pago ni promesa de pago, por lo que esas categorías normativas no encajarían en la acusación, respecto de la retribución de cualquier naturaleza. Señaló que la conducta fue en virtud de un contrato de mutuo, el que constituye una obligación para la víctima en favor del mutuante, por lo que el tipo penal descrito en el artículo 217 A del C.P. no cabe en la acusación por falta de hechos jurídicamente relevantes al no probarse la solicitud o demanda, el pago, promesa de pago o retribución en favor de V.C.P.

También refutó lo relativo a la congruencia entre los delitos acusados y por los cuales fue condenado el señor Montoya Cárdenas, en el sentido de que la Fiscalía en un primer momento lo acusó por un concurso homogéneo y sucesivo de Actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso heterogéneo y sucesivo de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, y en la sentencia condenatoria se intercambiaron los delitos en su posición, condenándose por un concurso sucesivo y homogéneo de Demanda de explotación sexual comercial de

persona menor de 18 años de edad, en concurso heterogéneo con Actos sexuales con menor de 14 años agravado por el artículo 211 numeral 2 del C.P.; es decir, condenó por varios hechos de Demanda de explotación sexual sin importar que la Fiscalía solo acusó por un evento del mismo, por lo que los delitos acusados y condenados no guardan coherencia en la calificación jurídica, y la judicatura se extralimitó al condenar por otros.

Por último, afirmó el recurrente que el único medio de convencimiento utilizado por el fallador para tomar su decisión, fue la declaración rendida por la víctima en el juicio oral, testimonio que no contó con el suficiente valor suasorio por contradecirse en múltiples ocasiones respecto de su edad al momento de los hechos, por lo cual condenar con esa evidencia sería lo mismo que sancionar con la denuncia o la noticia criminal, ello, con una narración amañada y dirigida a incriminar al ciudadano Montoya Cárdenas.

Por lo anterior, solicitó absolver al señor Aníbal Montoya Cárdenas por los delitos de Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años de edad, en concurso homogéneo y heterogéneo con Acto sexual con menor de 14 años agravado y, subsidiariamente, declarar la nulidad desde la formulación de acusación.

El Apoderado de Víctimas, como no recurrente, indicó que frente a los reparos de la defensa, se debe tener en cuenta que la menor de edad en el interrogatorio, respondió que cuando había cumplido los 14 años, ya los hechos habían sucedido unas cuatro veces, por lo que sí era procedente condenar por el punible acusado.

En referencia con lo dicho por la defensa, en relación con que la corroboración periférica debe hacerse mediante actos de investigación idóneos que permitan demostrar o llegar al estándar probatorio necesario, consideró el no apelante, que la defensa dio una mala interpretación a dicha corroboración, dado que los únicos testigos directos en este caso, son víctima y victimario y de lo dicho por estos, es que se debe evaluar la prueba, verificando si coinciden o no sus manifestaciones.

Refirió que lo dicho por la menor de edad en el juicio no fue desvirtuado ni puesto en duda a través de alguna prueba. No se probó que existiere algún motivo de animadversión, tampoco se puso en incertidumbre que víctima y victimario se conocían y cuáles fueron las circunstancias en que se desarrollaron los hechos.

Pidió que se confirmara la sentencia de primera instancia.

4. CONSIDERACIONES:

Le asiste competencia a esta Sala de Decisión para abordar el tema sometido a su consideración, atendiendo lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra las decisiones que en primera instancia profieran los Jueces Penales del Circuito.

La función revisora del Tribunal se ha de circunscribir en esta oportunidad, de manera puntual, a los reparos efectuados por el impugnante y a aquellos que les sean inescindibles. Además,

debe precisarse que por tratarse de apelante único rige plenamente el principio de *no reformatio in pejus*.

La reclamación propuesta por el Defensor se dirige a reparar la decisión de primera instancia respecto de la valoración probatoria realizada mediante la cual el Juez *A quo* llegó a la conclusión, más allá de toda duda, acerca de la existencia del hecho y de la responsabilidad penal del señor **Aníbal Montoya Cárdenas** en la comisión de las conductas punibles de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad y de los Actos sexuales con menor de catorce años agravado, cuya ofendida fue la menor V.C.P.; de ahí que se debe constatar si conforme con el caudal probatorio se impone proferir una sentencia absolutoria –tal como lo solicita la parte recurrente– o si por el contrario, debe impartirse la confirmación del fallo condenatorio.

Se ha de comenzar precisando que, como suele ocurrir en la generalidad de los procesos que se adelantan por atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales, se carece de testigos directos ajenos a los protagonistas del hecho, razón por la cual el testimonio de la víctima adquiere gran importancia, sin que por su sola condición de único pueda ser desestimado, pues debe ser valorado bajo los postulados de la sana crítica y confrontado con las demás pruebas existentes para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o lo apoyen, para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio.

Inicialmente, debe señalarse que, desde tiempo atrás, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que las manifestaciones o atestaciones de los

menores de edad que presuntamente han sido víctimas de atentados o vejámenes contra su libertad e integridad sexual, no son por sí solas creíbles y con base únicamente en ellas emitir sentencia de condena; por el contrario, tales manifestaciones deben ser valoradas sin prejuicios y atendiendo a las reglas de la sana crítica.

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

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

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

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

También en sentencia CSJ SP, 11 may. de 2011, rad. 35080, se advirtió que en ciertas ocasiones, al igual que los adultos, los niños pueden mentir, tergiversar o alterar los hechos, atendiendo a algún interés o incluso por manipulación de alguien, pero «lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de

*edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables».*¹
(Subraya y negrilla fuera de texto)

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

“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”*².

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

Expuesto lo anterior, procederá a examinar esta Sala, el primer reparo efectuado por el recurrente, quien indicó que la víctima, en su interrogatorio, de manera inverosímil, sin coherencia y aparentemente faltando a la verdad, señaló que la ocurrencia de los hechos se dio cuando ella tenía 14 años y luego convenientemente dijo que todo ocurrió un día antes de cumplir

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP880 del 30 de enero de 2017, radicación 42.656.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de abril 11 de 2007, radicado 26.128.

dicha edad, lo cual, en criterio de la defensa, generó una duda frente al elemento temporal de la ocurrencia del hecho delictual.

En referencia a ello, se tendrá como dato relevante y necesario para advertir si existió o no duda respecto de la materialización de la conducta acusada, lo contenido en el escrito de acusación donde se afirmó que el primer hecho del punible de Actos sexuales con menor de catorce años, ocurrió el 27 de junio de 2015, un día antes del cumpleaños número 14 de la víctima V.C.P. (28 de junio de 2015).

Inicialmente se debe decir por la Sala, que respecto del tipo penal de Actos sexuales con menor de catorce años, el *A quo*, de manera asertiva, condenó por un solo hecho, al entender probado que el 27 de junio de 2015 se efectuaron unos tocamientos por parte del ciudadano Aníbal Montoya en contra de la integridad sexual de la menor V.C.P., y para corroborar dicha conclusión, deberá acudir esta Magistratura a lo dicho por la víctima en su testimonio en el juicio oral, para saber si efectivamente existe esa duda deprecada por la defensa en relación con el momento de los hechos y verificar si la conducta endilgada fue atípica con relación a la edad de 14 años.

Para lo anterior, se pondrán de presente varias manifestaciones realizadas por la menor V.C.P. en su testimonio, con el fin de corroborar su edad en virtud de los hechos endilgados y para eso, ella dijo lo siguiente:

i) Finalizando mi fecha de cumpleaños, porque yo me acuerdo que en el cumpleaños yo tenía mucho susto porque yo pensaba que yo estaba embarazada, porque como yo era niña y él había pasado el pene por mi vagina.³

³ Ver C01PrimeraInstancia-C02Audios-007AudienciaContJuicio, minuto 57:05.

ii) Cuando yo cumplí los 14 años ya habían pasado digamos unas 4, 5 veces antes.⁴

iii) Contrainterrogatorio -Para la fecha en que ocurrieron los hechos, usted cuántos años tenía señorita Valentina- Respuesta:13 años.⁵

iv) Valentina, para que nos quede claro, cuántos hechos ocurrieron antes de tus 14 años? Respuesta: entre 4 y 5, después diría yo que otros 5, 6 casitos más.⁶

De lo anterior, se puede concluir, en un primer momento, que la Fiscalía equivocó en cierta medida la determinación de los hechos jurídicamente relevantes endilgados al ciudadano Aníbal Montoya Cárdenas en el sentido de adosar la comisión de 5 eventos de dicha disposición penal en el interregno de un día, específicamente entre el 27 de junio y el 28 de junio de 2015, situación de la que solo se tiene noticia que durante esa fecha pudo haber ocurrido un evento, pues se tiene que la víctima resaltó:

“Yo iba día por medio, todos los días, cada vez que quería iba donde él”⁷.

Ello permite inferir que el evento sexual ocurrió en las oportunidades en las que la víctima concurrió al establecimiento comercial del acusado. Si bien es cierto que bien pudieron cometerse varios actos de abuso sexual antes de que la menor cumpliera los catorce años de edad, sin embargo, dada la limitante establecida por la Fiscalía en la acusación, que determinó que el primero de ellos ocurrió el 27 de junio de 2015, sólo por dicho hecho se le podrá juzgar, pues los hechos anteriores no fueron acusados y los posteriores devendrían atípicos.

⁴ Ver C01PrimeraInstancia-C02Audios-007AudienciaContJuicio, minuto 1:01:21.

⁵ Ver C01PrimeraInstancia-C02Audios-007AudienciaContJuicio, minuto 1:10:24.

⁶ Ver C01PrimeraInstancia-C02Audios-007AudienciaContJuicio, minuto 1:17:18.

⁷ Ver C01PrimeraInstancia-C02Audios-007AudienciaContJuicio, minuto 48:48.

De acuerdo con ello, se puede deducir que conforme a lo decantado, sí existiría por lo menos un acto constitutivo de Actos Sexuales con menor de catorce años. Ello en virtud de lo aseverado por la menor, donde refirió que para el día de su cumpleaños (28 de junio de 2015), tenía la preocupación de que estuviera embarazada, por lo ocurrido en días anteriores, específicamente porque el señor Aníbal Montoya Cárdenas había rozado su miembro viril en sus genitales, situación que no daría la razón a lo afirmado por la defensa en su impugnación, quien adujo que en referencia al inicio de los tocamientos (27 de junio de 2015) dichos actos no pudieron ejecutarse en razón de que no fueron realizados en partes consideradas erógenas, dado que fueron perpetrados en cara y brazos y al día siguiente ya tenía capacidad para autodeterminarse sexualmente.

La situación referida en el inicio del anterior párrafo coincide con el testimonio de V.C.P., por cuanto ella manifestó que acudía todos los días al negocio del acusado cuando requería dinero, por lo que bien se puede admitir que ese día 27 de junio de 2015 pudo ser posible que se presentara el hecho constitutivo de acto sexual siendo menor de 14 años edad, aunado a lo advertido por ella, quien indicó que habían ocurrido esos eventos entre 4 y 5 veces antes de cumplir los 14 años, lo que permite concluir que por lo menos uno de esos hechos corresponde a aquel por el cual fue acusado y sentenciado el señor Aníbal Montoya, el que además fue debidamente rememorada por la menor en su testimonio rendido en el juicio oral.

Lo anterior, también fue corroborado por el testimonio de la señora Adriana María Pino Zapata, madre de V.C.P., quien relató lo que le contó su hija, y al momento de preguntársele sobre

la edad de esta cuando ocurrieron los tocamientos, aseveró:
“cuando eso ocurrió, tenía la niña... hacía dos mesecitos que había cumplido los 14, pero en el caso de que ella dice que hacía tiempecito, entonces la niña tenía 13 años”⁸.

De lo anterior, observa esta Sala que sí confluyen suficientes situaciones de las cuales se puede extraer que por lo menos, existió un hecho constitutivo de Acto sexual con menor de catorce años en contra de la libertad e integridad sexual de la menor V.C.P. por parte del señor Aníbal Montoya Cárdenas.

De otro lado, en referencia a la condena con solo el testimonio de la víctima V.C.P., reclamó el recurrente que se desestime su credibilidad por cuanto no fue corroborado por los hallazgos del Médico Legista, al igual que la existencia de incongruencias en el relato.

No advierte la Sala error alguno en el análisis probatorio efectuado por el Juez *A quo*, pues en esta oportunidad la prueba fue valorada correctamente, y está constituida en lo fundamental por el testimonio de la ofendida, pues, como ya se dijo, en la generalidad de los procesos que se adelantan por atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales, se carece del concurso de testigos directos, ya que suelen ser cometidos sin su presencia, a puerta cerrada, en la intimidad, donde sólo se cuenta con la presencia del agresor y de la víctima, razón por la cual el testimonio de esta adquiere gran importancia, sin que por su condición de único pueda ser desestimado, y debe ser valorado bajo los postulados de la sana crítica y confrontado con la demás prueba existente para determinar si existen medios de convicción

⁸ Ver C01PrimeraInstancia-C02Audios-007AudienciaContJuicio, minuto 1:34:07.

que lo corroboren o lo apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio, como desde tiempo atrás lo tienen precisado la doctrina y la jurisprudencia, quienes tienen señaladas algunas pautas para determinar la credibilidad de los señalamientos y declaraciones efectuados por la víctima en el proceso penal, como bien se indica en la sentencia citada por el *A quo*⁹.

En esta oportunidad, el testimonio de la ofendida no puede perder su credibilidad por la sola condición de víctima, habiéndose procedido a su valoración con fundamento en los postulados de la sana crítica y a su confrontación con las demás pruebas practicadas en el juicio oral, para lo cual se tuvieron en cuenta los criterios que para su apreciación contempló el Legislador en el art. 404 de la Ley 906 de 2004¹⁰.

Tampoco cabe hacerle reparos a la testigo por sus condiciones de sanidad de los sentidos que le permitieron percibir lo sucedido, pues al momento de los hechos no presentaba ningún trastorno físico o psíquico que le impidiera o dificultara captar lo que ocurría a su alrededor y después rememorarlos debidamente.

Las circunstancias de lugar, tiempo y modo en las que se percibió el suceso tampoco ofrecieron ninguna dificultad a la testigo en mención, pues conocía al procesado desde tiempo atrás, ya que era su vecino de barrio, y el sitio donde se llevaron a cabo los acontecimientos denunciados ha sido debidamente

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de septiembre de 2005, radicado 18455, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés, reiterada en sentencia del 5 de diciembre de 2007, radicado 26513, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

¹⁰ **Artículo 404. Apreciación del testimonio.** Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

identificado, sin que se advierta dificultad alguna para la cabal apreciación de lo sucedido.

Debe decir esta Sala, que lo declarado por la testigo ha sido coherente, reiterativa en su dicho y sobre todo consistente con la demás prueba practicada en el juicio oral, que la hacen digna de credibilidad.

En efecto, no puede desestimarse el testimonio de la ofendida porque esta haya manifestado que después del suceso prosiguió con sus actividades cotidianas, pues ante un evento de esa naturaleza todas las personas no reaccionan de la misma manera. En un momento de esos donde se presenta una confusión de sentimientos, la reacción de la víctima no siempre es la más lógica, como la que tomaría una persona en una situación de tranquilidad, pues ha de tenerse en cuenta que su ánimo se encuentra perturbado por el acontecimiento que ha acaba de sufrir. Además, como lo advirtieron los declarantes de oídas, estos observaron a la ofendida retraída y con su ánimo alterado, en lo cual son testigos directos, dan cuenta de la situación anormal por la que estaba atravesando, cuya causa no es otra que el ataque sexual padecido.

Pretender que se deseche el testimonio acusatorio de la víctima porque al someterse a una evaluación por parte del médico legista este no encontró lesiones en su cuerpo ni signos de agresión genital, sería desconocer que el acto ocurrió, más aún cuando la evaluación del perito única y exclusivamente tiene un carácter orientador, más no de certeza que determine la existencia del hecho.

El no haberse encontrado por parte del perito huellas de violencia en el cuerpo de la menor, que evidenciaran que había sido objeto de un abuso sexual, no quiere significar que el mismo no se hubiera producido, pues, como lo precisó el perito, estas no siempre se encuentran, lo cual ocurre por muchas razones, sin que ello sea determinante, como lo alega el recurrente, como prueba de la existencia o no del hecho denunciado, ya que su demostración se puede lograr por otros medios, conforme a la libertad probatoria, y sin que por ello tenga cabida la duda probatoria y, que en consecuencia, se deba resolver el asunto a favor del procesado en aplicación del principio universal del *in dubio pro persona*, pues la duda que autoriza la solución a favor del acusado es la que no tiene modo de eliminarse, no la creada caprichosamente por un sesgado proceso valorativo de la prueba.

De otra parte, en el dicho de la ofendida no se avizora motivo distinto al de decir la verdad, pues no ha referido situación de animadversión alguna para con el procesado, sobre quien, por el contrario, siempre fue certera en indicar que al principio de los hechos, era ella quien autorizaba los tocamientos con el fin de cancelar las múltiples deudas dinerarias que tenía con el señor Aníbal Montoya Cárdenas, tanto fue así, que al principio del interrogatorio de parte, resaltó: *“la decisión de que me tocara era una propuesta o decisión mía”*, y si bien es cierto que la testigo pudo haber mentido, en esta oportunidad esa posibilidad se advierte remota, pues ninguna razón se insinúa para que ella se ideara tan compleja trama, en la que su reputación podría resultar seriamente lesionada, únicamente por el afán de perjudicar injustamente a una persona con la que ningún motivo de animadversión tenía, lo cual resulta a todas luces contrario a la lógica y al sentido común. Más acorde con la realidad se encuentra

la conclusión a la que se arribó en la sentencia, en el sentido que el testimonio de la menor V.C.P. es digno de credibilidad y, por ende, apto para desvirtuar la presunción de inocencia que hasta ahora ha acompañado al procesado.

Por lo demás, ningún factor de descrédito se aprecia en el testimonio de la ofendida que pueda restarle credibilidad, pues la circunstancia de provenir de la directamente agraviada con la conducta punible no la descalifica por sí, ya que, como lo sostiene la jurisprudencia, el ofendido es un verdadero testigo.

Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

*“La declaración del ofendido es un verdadero testimonio, esto es, una manifestación directa sobre los hechos materia del proceso, suministrada por quien en su calidad de víctima fue parte de los mismos. Si se logra establecer que las condiciones de percepción fueron adecuadas, que no hubo trastornos durante el periodo de conservación del recuerdo y que no existe interés en perjudicar a una persona, el dicho del ofendido adquiere gran valor probatorio, tanto más si se encuentra apoyado por otras pruebas, como declaraciones, indicios, etc., que inciden sobre los mismos hechos o que muestran la capacidad delictiva de los presuntos autores...”*¹¹

Como en esta oportunidad la prueba decretada y practicada en el juicio oral, ha sido debidamente valorada por el Juez *A quo*, sin que se advierta que haya incurrido en los errores denunciados por el recurrente, pues no le ha dado un valor contrario a la que ella tiene, no ha incurrido en ninguna violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho o por falso raciocinio, llegó al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado con fundamento en una apreciación razonada de la prueba,

¹¹ CSJ. Sala de Casación Penal, sentencia de noviembre 9 de 1993, M. P. Dr. Jorge Carreño Luengas.

acudiendo para ello a la lógica, las reglas de la experiencia y la psicología, al paso que desvirtuó los argumentos de la defensa, por lo que se deberá impartir confirmación a la sentencia recurrida en este sentido.

En segunda oportunidad, se adentrará esta Sala de decisión a analizar los reparos del impugnante respecto de la tipicidad de delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, y, sí para la configuración del mismo, era necesario que se demostrase el pago o la promesa de pago por parte del señor Montoya Cárdenas para la comisión del delito o, si dicho actuar encuadraba en la existencia de un contrato o negocio jurídico con la víctima V.C.P. tal como lo alegó la defensa.

Así, entonces, para analizar lo correspondiente a este delito, se debe partir de la declaración rendida por la víctima V.C.P., quien fue enfática en afirmar que ella, casi a diario, se dirigía al negocio del ciudadano Aníbal Montoya Cárdenas con el fin de que este le prestara dinero, y al ver que no tenía los medios suficientes para cancelarle lo adeudado, le propuso dejarse tocar el cuerpo para asumir su deuda, y con el pasar del tiempo y al existir confianza entre ambos, el acusado le propuso dejarse palpar sus partes íntimas a cambio de dinero, ocurriendo siempre dicha situación en un baño ubicado al final del establecimiento comercial del acusado.

En razón de lo anterior, la tesis que plantea la defensa respecto de la atipicidad de la conducta, no tiene asidero jurídico en este caso concreto, en tanto no se puede olvidar que el delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona

menor de 18 años, comporta que una persona *–directa o por interpuesta persona–* demande o solicite la realización de acceso carnal o actos sexuales con menor de edad, mediante el pago o promesa de pago *–bien sea en dinero, especie o alguna retribución–*.

Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que los elementos normativos y subjetivos de este tipo son:

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

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

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

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

(e) No es indispensable la concreción de un resultado ni el consentimiento de la víctima, bastando la sola petición, la cual, como se verá, debe ser formalizada dentro de un marco de explotación sexual”¹²

Con base en este último literal, no hay duda en cuanto a que esta conducta punible es de mera conducta, de ahí que para su consumación no se requiere algo distinto a la petición o demanda de servicios sexuales, la cual, como también es clara en indicar la Alta Corporación, debe ser entendida dentro de un contexto de explotación sexual de menores de dieciocho años.

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

Considera esta Magistratura, que en el juicio oral se probó con suficiencia, el requerimiento sexual efectuado por el ciudadano Aníbal Montoya Cárdenas a V.C.P., por lo que el Juez de primera instancia aplicó debidamente el artículo 217 A del C. Penal, en lo concerniente a las acciones perpetradas en contra de dicha menor, quien a la fecha de los hechos contaba 14 años, comoquiera que las condiciones y el entorno en que el señor Aníbal Montoya Cárdenas le exteriorizó su ofrecimiento se ajusta, con aquellas situaciones que, en abstracto, motivaron al Legislador a establecer la drástica sanción.

Esta Sala de Decisión concluye que efectivamente nos encontramos frente a la materialización del delito denominado Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, por cuanto para el momento de los hechos la víctima V.C.P. no había cumplido los 18 años, fue probado el ofrecimiento de dinero y dádivas propuestas por el señor Aníbal Montoya Cárdenas a cambio de tocar el cuerpo y las partes íntimas de la menor; estos tocamientos se desarrollaron en una relación causal entre un deudor y acreedor y, por último el ciudadano conocía la minoría de edad de V.C.P. al momento de hacer la oferta de carácter sexual.

Todo esto se corrobora, con las aseveraciones de la víctima, quien en principio dijo que era ella quien ofrecía dejarse tocar por dinero y a medida que pasaba el tiempo, el señor Aníbal Montoya Cárdenas hacía las propuestas, bastando estas *-por ser un delito de mera conducta-*, para la realización del punible, por lo que, contrario a lo alegado por la defensa, no es necesaria la demostración del pago o retribución en favor de la víctima, bastando con la sola solicitud o demanda de servicios sexuales a cambio de un beneficio económico.

También se pudo corroborar esta situación con lo aseverado por la testigo Adriana María Pino Zapata, no en relación con lo que le relató su hija menor V.C.P. respecto de los abusos, sino de la forma y actitud que tomó el señor Montoya Cárdenas cuando dicha señora, con su hermana Gloria Pino Zapata, asistieron a su negocio y le reclamaron lo acontecido con la menor, indicándose por este que arreglaran por las buenas, ofreciendo dádivas para que la situación no trascendiera ante las autoridades.

Por último, respecto de lo dicho por la defensa, en el sentido de que los acontecimientos ocurridos –*tocamientos*– encuadran en un contrato o negocio jurídico entre víctima y victimario, considera esta Corporación que dicho argumento es carente de fundamento legal, ello, por cuanto dicho comportamiento se encuentra consagrado como una conducta punible que por su objeto y causa se tipifica cuando se comete contra un menor de 18 años y si dicho acto encuadrara en un relación contractual devendría en una nulidad por objeto y causa ilícita, conforme a los artículos 1.519 y 1.524 del Código Civil; lo primero, por cuanto lo realizado por el actor, contraviene el derecho público de la Nación, no pudiéndose realizar dicha negociación ya que ese comportamiento se encuentra contenido en una norma que lo prohíbe, y segundo, porque la causa del contrato verbal que quiere hacer ver y poner de presente el recurrente, consistente en unos *“tocamientos entre una persona mayor de edad y una menor de edad”*, se encuentra prohibida por la ley cuando ha mediado pago o promesa de pago en dinero o retribución de cualquier naturaleza y como lo determina la normatividad referida *“la promesa*

de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”¹³.

Lo anterior resulta suficiente para indicar que hay vulneración del bien jurídico tutelado y, por ende, el señor **Montoya Cárdenas** es merecedor del juicio de reproche por el delito de Demanda de explotación sexual comercial en persona menor de 18 años, reiterándose que estamos ante un delito de mera conducta en cuya comisión no influye la producción del resultado, esto es, que la víctima haya accedido a la práctica sexual demandada.

Conforme con lo anterior, procederá esta Sala a impartir confirmación respecto de la condena proferida al ciudadano Jesús Alcides Salas Valencia por el delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, eso sí, por un solo hecho, por cuanto ese fue el acusado por la Fiscalía.

La anterior situación se traerá a estudio respecto de las resultas de la sentencia de primera instancia, al igual que lo que tiene que ver con el agravante imputado, esto es, el consagrado en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal. En referencia a como estimó el apelante, dicha situación debía ser acusada e imputada fácticamente, situación que no había sucedido en el presente caso y que no era suficiente indicar por la Fiscalía en el escrito de acusación que la menor “*acudía a él por confianza*”, por cuanto se debe explicar fácticamente cuáles fueron las situaciones que permitieron crear el vínculo de confianza.

Para verificar tal coyuntura, esta Sala cotejó toda la etapa procesal de la acusación, por lo que el 19 de mayo de 2021,

¹³ Ver artículo 1524 C.C. Inciso 3.

la Delegada de la Fiscalía, presentó escrito de acusación donde señaló los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

“El día siete (7) de septiembre del año dos mil quince (2015) ante la URI Norte, denunció la señora ADRIANA MARIA PINO ZAPATA, unos presuntos accesos carnales abusivos de los cuales fuera objeto su hija VALENTINA CORREA PINO, por parte de ANIBAL MONTOYA CARDENAS, comerciante del sector Villas del Sol en la localidad de Bello; dando cuenta que tan solo el sábado 5 de septiembre de ese mismo año se había enterado por su hija, que alias “la polla” como conoce al señor ANIBAL de tiempo atrás, a quien acudían por la confianza a prestarle dinero, la había abusado sexualmente en su negocio, concretamente en el baño de la revueltería ubicada en la calle 71 62 C-05, del mismo barrio, lugar que desde los 13 años frecuentaba la menor, a donde llegaba a pedir prestado dinero, y a cambio de \$5.000 o \$7.000 pesos le realizaba tocamientos eróticos sexuales; siendo la primer vez el 27 de junio de 2015, siendo menor de 14 años, cuando inició manoseándola en su pecho, tocamientos al menos cinco que se dieron de la misma forma incluso ya contando con 14 años de edad, para posteriormente tocarla en varias oportunidades en senos, y vagina por debajo de la ropa con sus manos, así como con el pene tocar la vagina de la joven y darle besos en la boca, manifestándose que todo sucedió alrededor de unas 10 veces.

Para el día diecinueve (19) de marzo de este año, se declara CONTUMAZ al señor ANIBAL MONTOYA CARDENAS y ante el Juez 3 Penal Municipal con función de control de garantías de Bello, la fiscal 248 adscrita al Caivas, le Formuló IMPUTACIÓN por un CONCURSO HOMOGNEO Y SUCESIVO DE ACTOS SEXUALES CON MENOR 14 AÑOS, art. 209. “el que realizare actos sexuales diversos al acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) de trece (13) años; AGRAVADAS de conformidad con el art. 211 Nral. 2: “...el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en el su confianza”; en CONCURSO HETEROGENEO Y SUCESIVO CON DEMANDA DE EXPLOTACION SEXUAL COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD, ART. 217 A. “... el que directamente...solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este solo hecho, en pena de catorce (14) a veinticinco (25) años”, CONDUCTAS por las que se le acusa a título de Autor Material en ésta audiencia.

Igualmente, observó y escuchó esta Magistratura cómo en la audiencia de acusación efectuada el 3 de noviembre de 2021, la Fiscalía General de la Nación, solo acusó por un concurso homogéneo y sucesivo de Actos sexuales con menor de catorce años en concurso heterogéneo con Demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años de edad, contemplados en los artículos 209 y 217 A del C.P, omitiendo por completo indicar los hechos jurídicamente relevantes en relación con la causal N° 2 del artículo 211 del C. Penal, siendo esto, solo referido en el escrito de acusación¹⁴.

El artículo 448 del Código de Procedimiento Penal establece el principio de congruencia, el cual conlleva que *“el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*, precepto que ha contado con innumerables pronunciamientos por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁵ y que deriva en la imposibilidad de hacer más gravosa la situación del encartado al momento de petición de condena por parte de la Fiscalía frente a la calificación jurídica dada desde la audiencia de formulación de acusación *-pues no se debe dejar de lado el hecho de que actualmente se acepta la existencia de una congruencia jurídica flexible, sin que sea el presente caso-*, lo mismo para el Juez cuando se le limita el poder de imponer una condena más lesiva que la señalada desde la acusación.

Recuérdese que la congruencia que debe caracterizar la sentencia, se predica de la acusación y no de otros actos como la

¹⁴ Carpeta principal- 023VideoAcusación- Minuto 8:04 a 8:18.

¹⁵ Véase entre otros: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto AP650 del 27 de febrero de 2019, radicado 52.526; Sentencia SP025 del 23 de enero de 2019, radicado 51.204; Sentencia SP3145 del 25 de julio de 2018, radicado 50.005; Sentencia SP2042 del 5 de junio de 2019, radicado 51.007.

teoría del caso o alegatos finales. Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció de la siguiente manera:

“La congruencia constituye una garantía para el acusado que únicamente puede ser declarado penalmente responsable por los hechos atribuidos en la acusación. En tal sentido, se trata de la correlación que debe existir entre la conducta por la cual una persona es acusada y la decisión definitiva sobre su responsabilidad, indicó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. De igual forma precisó que la acusación legalmente formulada se torna absoluta e intangible en cuanto a sus componentes personal y fáctico, esto es, que no puede variarse, modificarse o alterarse. Pero la congruencia jurídica es relativa, en tanto el juez se encuentra facultado para condenar de manera atenuada o por un delito distinto, siempre que no agrave la situación del procesado y no afecte el núcleo fáctico de la imputación. Lo anterior exige que en la acusación, la cual le corresponde exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación acorde con el artículo 250 de la Constitución, se exprese la determinación fáctica y jurídica de la conducta penalmente relevante, señalándose en forma clara, precisa y comprensible los elementos que estructuran el tipo penal, además de las circunstancias específicas de mayor gravedad y/o las que tienen incidencia en la dosificación punitiva”¹⁶.

La Alta Corporación ha trazado una línea jurisprudencial mediante la cual ha desarrollado el concepto de “hecho jurídicamente relevante”, indicando que “el mismo hace relación al supuesto fáctico previsto por el Legislador en el respectivo tipo penal”¹⁷, esto es, se concreta en la hipótesis fáctica contenida en la norma sustantiva deducida en contra del procesado, pero a su vez, conecta esos hechos jurídicamente relevantes con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, porque sólo así se entiende aterrizado el concepto abstracto contenido en la norma, al caso en particular.

Procediendo con el examen del asunto, es necesario advertir que en el caso bajo estudio, ese examen brilló por su ausencia, dado que i) en el escrito de acusación no se indicó o

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP401-2021. Radicación 55.833 del 17 de febrero de 2021.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP14496 del 27 de septiembre de 2017. Radicado 39831.

delimitó por parte del ente acusador el hecho jurídicamente relevante que pusiera en evidencia el carácter, la posición o cargo que llevó a la víctima V.C.P. a depositar la confianza en el ciudadano Aníbal Montoya Cárdenas, pues la relación de confianza referida en el escrito de acusación aparece establecida es entre este y la denunciante, y ii) el Juez de primera instancia condenó por delitos diferentes a los acusados por la Fiscalía.

Iniciará su explicación la Sala, en el hecho de que la circunstancia de agravación por la cual fue acusado **Aníbal Montoya Cárdenas**, contempla distintas situaciones, que debían ser precisadas desde el momento mismo en que le fueron informados los cargos por los cuales iba a ser investigado.

La inclusión en la acusación de la circunstancia específica de agravación que se examina, presupone la «*relación clara y sucinta*» de los específicos hechos jurídicamente relevantes que la conforman (numeral 2 del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal), siendo necesario e indispensable que el Ente Acusador determinara en el acto complejo de acusación el o los hechos jurídicamente relevantes para determinar que el responsable tuviere un carácter o posición que le dé particular autoridad sobre la víctima.

Como se puede apreciar, la Fiscalía en el escrito de acusación, se limitó a transcribir el numeral 2 del Art. 211 del C. Penal “...*el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza*”, sin que en el recuento fáctico y en la audiencia de acusación se dijera algo de los hechos jurídicamente relevantes para la aplicación de esa causal de agravación. No se indicó de qué manera para propiciar la conducta -*Actos sexuales con menor de catorce años*- el procesado

ejerció carácter, posición o cargo, al igual que tampoco se especificó si lo hizo con conocimiento y voluntad.

Al parecer la Fiscalía dedujo la causal de agravación en mención por el hecho de que el acusado prestaba dinero a la familia de la víctima y posteriormente lo hizo a la esta, pero nada de ello detalló en el acontecer fáctico; tampoco se precisó de qué forma el acusado pudo beneficiarse de la situación de prestarle dinero a la menor V.C.P. para desarrollar de manera más fácil y expedita los actos sexuales, condición que justifica en esos casos la mayor desaprobación del comportamiento y su más drástica sanción punitiva.

La Fiscalía no podía dar por sentado en la acusación que con la sola precisión jurídica de uno de los supuestos de la causal de agravación, *“o la impulse a depositar en él su confianza”*, pudiera considerar que estaba satisfecha la carga de relacionar los hechos jurídicamente relevantes de la acusación, cuando nunca indicó las circunstancias fácticas en la que aquella se desarrollaba.

En conclusión, la acusación no contiene la base fáctica de la circunstancia específica de agravación de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y en esta parte, entonces, el acto procesal incumplió el requisito sustancial previsto en el numeral 2 del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal impidiendo a la defensa conocer esos hechos jurídicamente relevantes y controvertirlos adecuadamente en el juicio.

En consecuencia, por vulnerar el principio de congruencia y contradicción, se excluirá de la condena la aplicación

de las consecuencias punitivas previstas en el artículo 211 N° 2 del Código Penal.

En segundo lugar, deberá analizar esta Corporación, la sentencia proferida por el *A quo*, donde condenó al ciudadano Montoya Cárdenas por delitos diferentes a los acusados por la Fiscalía.

De entrada, debe decir esta Sala, que el Juez de primera instancia excedió su condena respecto de los delitos acusados por la Fiscalía, dado que dicha Delegada de la Fiscalía, tanto en el escrito de acusación —*fechado el 19 de mayo de 2021*— como en la formalización y verbalización del mismo en la audiencia del 3 de noviembre de 2021, acusó por los delitos de concurso homogéneo y sucesivo de Actos sexuales con menor de catorce años (en 5 oportunidades) en concurso heterogéneo y sucesivo con Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, y el Juzgado condenó por concurso homogéneo de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad (en cinco oportunidades según lo informado por la menor, tal como precisó el *A quo*) en concurso heterogéneo con Actos sexuales con menor de catorce años, siendo considerada esta condena violatoria del principio de congruencia. Así lo expresó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia SP 2129-2022, radicado 54153 del 25 de mayo de 2022, MP Hugo Quintero Bernate:

“En relación con el principio de congruencia, ha dicho la Corte desde la sentencia del 25 de mayo de 2016, SP6808– 2016, radicado 43837 que “... es una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal, asegura que una persona sólo pueda ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción”.

Este postulado implica que la sentencia guarde correlación con la acusación en sus tres componentes básicos. Personal: identidad entre los sujetos acusados y los sentenciados (es absoluta). Fático: correspondencia en los hechos jurídicamente relevantes fijados en la acusación con los que sirven de sustento al fallo (también es absoluta). Y jurídico: consonancia en la denominación jurídica de uno y otro acto, tiene carácter relativo (el juez puede condenar por delitos diferentes a los contemplados en los cargos de la acusación, siempre que la pena sea inferior). De manera que el fallador no puede sustentar su decisión de condena incluyendo acciones o circunstancias que, aunque se encuentren probadas en el plenario, jamás hayan hecho parte de la imputación fáctica.

(...).

*Además de lo anterior, también ha sido reiterativa la Corte en sostener, que “se quebranta la congruencia entre acusación y fallo por acción o por omisión, cuando: i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) **Se condena por un delito no mencionado fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación**, iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, una circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad, y iv) Se suprime una circunstancia, genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de la acusación. Igualmente ha precisado, que en la acusación pueden suprimirse hechos incluidos en la imputación, si ello resulta favorable al procesado, como cuando: (i) Se eliminan circunstancias genéricas o específicas de agravación; (ii) Son suprimidos aspectos fácticos y, por ello la conducta se adecua a un tipo penal menos grave, siempre y cuando ello no implique indefensión; (iii) Se dan por probados los supuestos de hecho de circunstancias genéricas o específicas de menor punibilidad, que no habían sido consideradas, etcétera. Desde luego, para que la Fiscalía varíe la imputación en el sentido de incluir nuevos delitos e, incluso, opte por otros más graves (artículo 351 de la Ley 906/04) debe realizar una audiencia de imputación adicional”.*

De lo anterior, se puede observar que el Juez de primera instancia, excedió la condena al determinar que se había dado un concurso homogéneo y sucesivo del tipo penal contemplado en el artículo 217 A en cinco oportunidades, situación que nunca fue acusada por la Fiscalía en audiencia fechada el 3 de noviembre de

2021, efectuándose frente a dicho delito, su cargo en una sola oportunidad.

Por lo anterior, y al observarse dicho error, no procederá esta Magistratura a declarar la nulidad de lo actuado como subsidiariamente lo requirió el recurrente, por cuanto considera que existen razones de peso para no hacerlo, entre ellas la de evitar la revictimización de la ciudadana V.C.P. al verse avocada a enfrentar nuevamente el trámite del proceso y más aún, cuando de lo indicado por ella en el juicio, actualmente se encuentra buscando ayuda psicológica en virtud de los hechos acaecidos en este plenario, y también, porque lo efectuado por la judicatura de instancia en condenar por un delito que no se incluyó en el escrito de acusación, obedece a un error que puede ser subsanable, ello por cuanto se retira el “*otro tanto*” señalado por el Juez de primera instancia y se procede a la redosificación de la pena, no contemplándose una violación de garantías fundamentales por cuanto dicho ciudadano no fue condenado por delitos diferentes a los especificados en el núcleo fáctico de la acusación que fueran más lesivos a sus intereses, siendo para este caso la solución menos traumática para el señor Aníbal Montoya Cárdenas retirar dicho aumento, que retrotraer la actuación con el fin de que se abra la posibilidad de que se agreguen más hechos jurídicamente relevantes en relación con otras conductas punibles que al parecer ocurrieron y no fueron tratadas en este procedimiento.

Expuesto lo anterior, se removerá de la determinación de la pena el concurso homogéneo del delito consagrado en el artículo 217 A del C. Penal, para condenar por el delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años en una sola oportunidad, e igualmente retirará de la condena la circunstancia

de agravación del numeral 2 del artículo 211 del C. Penal, que acompañaba al delito de Actos sexuales con menor de catorce años contemplado en el artículo 209 del C.P.

De manera conclusiva, procederá esta Sala a confirmar la condena del ciudadano Aníbal Montoya Cárdenas, pero por los delitos de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad en concurso heterogéneo con un delito de Actos sexuales con menor de catorce años, al resultar probada, más allá de toda duda razonable, la comisión de dichos ilícitos.

DETERMINACIÓN DE LA PENA:

Como se indicó atrás, eliminado los cargos concursales del delito de Demanda de explotación sexual comercial en persona menor de 18 años, solo basta con desestimar el incremento punitivo efectuado por el *A quo*, esto es, un año de prisión, quedando la pena a imponer al señor **Aníbal Montoya Cárdenas** por este cargo en 14 años, esto es, 168 meses de prisión.

Eliminada la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal y cuatro de los eventos del delito de Demanda de Explotación Sexual Comercial en persona menor de 18 años para el cargo atribuido a **Aníbal Montoya Cárdenas**, continúan los límites punitivos determinados por el Juez de primera instancia para el delito con pena mayor correspondiente al mencionado anteriormente, el cual corresponde a 168 meses (14 años) a 300 meses (25 años) de prisión.

Respecto al delito de Actos sexuales con menor de catorce años, el Juez de primera instancia, en principio, había impuesto por dicha conducta punible más su agravante, una sanción equivalente a 6 meses de prisión, sin embargo, al no configurarse la agravante prevista en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, y estar claros que únicamente se podrá condenar por un solo hecho, esta Sala impondrá 2 meses más de prisión por dicho injusto, quedando la pena definitiva en 170 meses de prisión.

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas quedará indemne. En todos los demás aspectos rige el fallo recurrido.

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

FALLA:

Primero: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados mediante la cual se condenó al señor **Aníbal Montoya Cárdenas**, con la **MODIFICACIÓN** de que la declaratoria de responsabilidad es por el delito de **Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad en concurso heterogéneo con el delito de Actos sexuales con menor de catorce años**, en la modalidad simple, no agravada. Ello, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: MODIFICAR el ordinal primero en el sentido de que el señor **Aníbal Montoya Cárdenas** deberá purgar

como pena principal **ciento setenta (170) meses prisión** en el establecimiento de reclusión que para el efecto destine el INPEC. En igual término al de la pena principal de prisión queda fijada la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Tercero: En todos los demás aspectos rige el fallo recurrido.

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

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
Magistrado

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado.

Firmado Por:

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado
Sala 013 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado

Sala 011 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Cesar Augusto Rengifo Cuello
Magistrado
Sala 01 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:

feb299f8a56cffc4d346340d9027088b8817bb3fa2cda6e21ff3161
a28504695

Documento generado en 16/01/2025 03:30:17 PM
Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en
la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>