



SALA PENAL

Medellín, miércoles veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 149

Sentencia de segunda instancia Nro. 36

Radicado No. 05-001-60-00201-2021-00902

Delito: Acto sexual con menor de 14 años

Acusado: José Manuel Gallego López

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: martes 27 de septiembre de 2022. H: 08:00 a.m.

Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa de JOSÉ MANUEL GALLEGO LÓPEZ, contra el fallo proferido el 29 de junio de 2022 por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, dentro del juicio adelantado en contra del acusado por el delito de acto sexual con menor de 14 años.

EPÍTOME FÁCTICO

Los hechos objeto de investigación tuvieron ocurrencia el 30 de marzo de 2021, en el establecimiento comercial tipo carnicería, ubicado en la Calle 71 Nro. 62 C – 13 del Municipio de Bello, Antioquia, a eso de las nueve, nueve treinta minutos de la mañana, lugar donde se encontraba el menor IARL¹ ayudando en la parte trasera del local a lavar algunas bandejas al empleado JOSÉ MANUEL GALLEGO LÓPEZ, quien previamente le había dicho que

¹ En procura de la protección de la intimidad del menor de edad víctima en el caso de autos solo se utilizarán las iniciales de sus nombres y apellidos; lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en los art. 33, 192 y 193.7 de la ley 1098/06, actual Código de Infancia y Adolescencia.

estaba muy lindo, procedió a abrazarlo y a realizarle tocamientos de carácter erótico sexual consistentes en caricias en las nalgas por encima de la ropa y un beso en la boca, al tiempo que le dice que lo amaba, que sería su secreto, y que no le fuera a decir a nadie, pese a lo cual el adolescente aprovecha la oportunidad para salir de allí, se dirige a su casa y le cuenta a sus padres lo ocurrido, luego de lo cual el padre de la víctima arriba al negocio y comienza a golpear al agresor hasta que llega la policía y detienen al empleado, evitando que la comunidad lo linchara.

Al estimar la Fiscalía tras desarrollar actos investigativos que el comportamiento del agente era constitutivo de un delito, se solicitó y llevó a cabo su captura por la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 31 de marzo de 2021 ante el Juez Cuarenta Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías se legalizó la captura de JOSÉ MANUEL GALLEGO LÓPEZ, a quien la Fiscalía le imputó el delito de actos sexuales con menor de 14 años previsto en el art. 209 del C. Penal, en calidad de autor, sin que el inculcado se allanara a los cargos, imponiéndole la judicatura medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario a petición del acusador público.

2. La Fiscalía presentó escrito de acusación con fecha del 17 de junio de 2021, sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica, reiterando los cargos en la formulación oral celebrada el 12 de agosto de 2021 el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, a quien le correspondió por reparto conocer el proceso en etapa de juzgamiento, así como dirigir la audiencia preparatoria y de juicio en estricto sentido, anunciando una vez agotada la etapa probatoria y lo que hace a las alegaciones de clausura, sentido de fallo condenatorio cuya lectura se llevó a cabo el 29 de junio de 2022.

3. La anterior decisión dejó inconforme a la defensa del acusado, interponiendo el letrado el recurso vertical de apelación que se apresta a resolver la Sala.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

Estima el a quo que en el concreto caso se cuenta con el testimonio de la propia víctima, quien coherentemente narra lo ocurrido y sus dichos se encuentran ratificados con las demás pruebas practicadas en la audiencia, por manera que en su criterio no se trata como en la mayoría de los casos de un testimonio único como lo indica la defensa, rodeado de testimonios de referencia o de segundo grado, sino de un conjunto de pruebas de corroboración periférica que hace que dicha versión sea verosímil y creíble.

En este sentido, la foliatura cuenta con los testimonios del propio ofendido, del propietario del local comercial en donde sucedieron los hechos, de un patrullero de la policía y de los progenitores del ofendido, sin que se advierta en estos un ánimo soterrado o querer oculto dirigido a incriminar falsamente al procesado.

De forma que no subsiste duda sobre el cuándo (el 30 de marzo de 2021 a eso de las nueve, nueve y media de la mañana, dónde (en la parte trasera de la tienda tipo carnicería mixta de propiedad de JHON ARLEY BERRÍO LÓPEZ, ubicada en el Municipio de Bello, Antioquia), quien (el empleado que el dueño del local acepta trabajaba para la época en dicho establecimiento, JOSÉ MANUEL GALLEGO LÓPEZ), cómo (aprovechando que estaban solos para tomar al menor, abrazarlo y darle un beso, en palabras del ofendido, como lo hacen los adultos, y agarrarle las posaderas), y en general qué fue lo que sucedió, quedando descartado que la interacción entre los dos varones fuera producto de algún tipo de acto social tipo abrazos, que en modo alguno entrañan naturaleza sexual o libidinosa, y por el contrario se demostró que el acusado no solo desarrollo la conducta abrazo y beso, pues agarró las nalgas de la víctima, sumado a la intención de que no le dijese a nadie sobre el asunto.

Por su parte la prueba de la defensa resulta contradictoria, pues la compañera sentimental del inculpado asegura que lo están deteniendo por darle un abrazo a un niño y que nunca le habían llamado la atención por este tipo de situaciones, mientras que el procesado en juicio indica que pese a que hacía poco conocía al menor se generó entre ellos afectó y confianza, y que lo saludaba con abrazos que eran de amistad, situación que indica el señor

JHON ARLEY BERRIO LOPEZ, le fue manifestada por el procesado el día de los hechos en que además resultó aprehendido por la fuerza pública.

Encuentra en definitiva el a quo que el justiciable, al pretender justificar su actuar indica que abrazo al menor, le dio una palmadita en la espalda y que posiblemente al menor querer librarse del abrazo posiblemente rozó la mejilla del menor, ello sin intención o malicia, igualmente manifestó que el menor le hizo repulsa del abrazo pues no quería que lo abrazara, lo que en su criterio es una mera justificación irracional e incoherente.

Estos, grosso modo, las razones para imponer una pena de 108 meses de prisión por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, sin derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria de los art. 63 del C. Penal y 38 ibid., respectivamente, por expresa prohibición del artículo 199 de la ley 1098 de 2006, debiendo continuar detenido en centro penitenciario para el cumplimiento de las penas así definidas.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Estima el censor que la decisión recurrida presenta errores manifiestos de apreciación de las pruebas, las cuales en su criterio no fueron valoradas en conjunto, siendo los únicos testigos directos la presunta víctima y el inculpaado.

En su sentir entonces el testimonio de su patrocinado también fue muy elocuente, narró la otra historia plausible en este caso, en un lenguaje que aunque sencillo y poco estructurado, se advierte del todo honesto, al igual que el propietario de la carnicería, señor JHON ARLEY BERRÍO, quien contó una historia creíble y concatenada, sin que quepa duda de la condición de establecimiento abierto al público lo que de contera empieza a desdibujar la posibilidad de un presunto abuso sexual, señalando que se requiere tiempo para activar la libido.

A lo anterior se sumaría que según las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia este tipo de delitos se suelen cometer a puerta cerrada, bajo

el manto de la oscuridad y alguna amenaza, de forma que a lo mejor pudo haber existido injurias por vías de hecho, pero no un acto sexual abusivo.

Por otra parte, sostiene que el inculpado saludó efusivo al menor, pero sin malicia, al punto que el dueño del lugar lo amonestó manifestándole que esa no era la forma, pues los niños debían mantenerse a metros, habiéndose probado que su representado siempre saludaba de esta manera, aunque admite que en esta ocasión se “pasó un poco”, y que el menor había ingresado recientemente a prestar sus servicios para el propietario del establecimiento comercial.

Circunstancias que en su criterio empieza a desdibujar el dolo, aunado a que también admite que muy posiblemente el joven pudo haber sido rosado en la mejilla con los labios del procesado al querer evitar el efusivo abrazo, sin que el inculpado haya contado con tiempo para besar y agarrar las posaderas del adolescente o tuviera la intención de acometer tales acciones, y después del saludo simplemente continuaron con sus actividades laborales, sin que se escuchara un grito de auxilio, un sonido de llanto, o algo similar que llamara la atención del propietario de la carnicería, quien se encontraba en otra planta del edificio y descendió de inmediato al escuchar que golpeaban a su empleado.

Entiende entonces que se trató simplemente de un actuar imprudente de parte de su representado, y que una cosa es tratar de saludar con un beso en la mejilla y otra que ante el movimiento inesperado de repulsa el actor termine rasando los labios del menor, aceptando el censor que incluso a este ya su pareja le había llamado la atención por un caso similar, que califica como un saludo brusco, pero que finalmente no trascendió a mayores. En síntesis, que al adulto ya le había llamado la atención por su forma de saludar.

Así las cosas, considera que los testigos no fueron valorados en conjunto y que la condena se fundó tan solo en prueba de referencia, mientras que la denominada prueba de corroboración periférica fue muy “pálida”, a lo que se suma que en el caso bajo escrutinio subsisten inconsistencias de fondo, y por ende solicita que se revoque la condena y se emita fallo absolutorio en favor de su asistido.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

En esta oportunidad debe señalar la Sala que en razón a que la sentencia apelada fue emitida por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, el cual se encuentra adscrito al Distrito Judicial de Medellín, de conformidad con lo señalado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, le asiste competencia a este cuerpo colegiado para conocer el recurso vertical de apelación interpuesto por la defensa, así como los que surjan inescindibles al tema objeto de impugnación, habida cuenta que estamos en un sistema con características de justicia rogada.

Por otra parte, de un lado, huelga significar que en virtud del principio de limitación y no reformatio in pejus, art. 31 de la Carta Política y 20 de ley 906/04, respectivamente, no se puede agravar la situación del acusado por cuanto su defensa actúa como único apelante. De otro, que en la presente actuación concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se avizore la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado.

En orden metodológico, retomada la decisión de primera instancia y la oposición de la defensa del procesado, de cara a la responsabilidad de JUAN MANUEL GALLEGO LÓPEZ, en los hechos por los que resultó condenado como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, preciso es que este cuerpo colegiado se ocupe en verificar si la prueba debatida en juicio para entrar a determinar si la presunción de acierto y legalidad del fallo recurrido permanece incólume, debiendo aplicarse en el ponderado análisis del caudal probatorio debatido en audiencia, cumpliendo con la carga que impone el numeral 4° del art. 162 de la ley 906/04 que señala que las sentencias deben contener las razones de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas y practicadas en juicio.

Como acostumbra entonces la Sala al analizar este tipo de procesos de connotación sexual que involucran a menores de edad, consideramos oportuno ocuparnos a continuación en realizar unas breves consideraciones sobre la conducta acriminada bajo el nomen iuris de actos sexuales con menor de 14 años que se describe en el art. 209 del C. Penal, mediante la cual el legislador pretende proteger a las niñas, niños y adolescentes, tanto de la

violencia que pueda afectar su integridad o formación sexual, como del simple abuso al que pueden ser sometidos por su inferioridad o incapacidad para determinarse en asuntos de naturaleza sexual, de forma que se presume que quien no ha superado los 14 años no tiene la capacidad de auto-determinarse, de disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales, estructurándose así una **–presunción iuris et de iure–** al respecto.

Siendo igualmente pertinente significar que tal falta de autodeterminación la presume el legislador en personas menores de 14 años, se desprende del contenido del artículo 209 del Código Penal. Modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008 que a su letra reza.

“Artículo 209. Actos sexuales con menor de 14 años. Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El que realizare actos sexuales diversos del 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) a trece (13) años”.

Según la doctrina el mencionado canon 209 de la obra sustantiva tutela el bien jurídico: “... de la formación e integridad sexual, por medio de la cual se pretende tutelar al menor de 14 años, para que tenga un desarrollo sin ningún tipo de interferencia que pueda alterarlo, ya que es una persona que se encuentra en desarrollo en las etapas intelectivas, volitiva y afectiva que le impide ejercer el derecho a disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales”.²

En la misma línea de pensamiento la CSJ, Sala de Casación Penal, en sentencia 13.466 del 26 de septiembre de 2000 indicó: “... Hasta los 14 años el menor de edad debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política estatal de preservarle en el desarrollo de su sexualidad”.

Como se puede ver, la minoría de edad –para el caso menos de 14 años- se erige en un elemento normativo y definitorio del referido modelo comportamental, en otras palabras, para casos como el que nos ocupa se exige una connotación especial en el sujeto pasivo de la criminalidad, siendo

² Universidad Externado de Colombia, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Segunda Edición, Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, William Torres Tópaga, pág. 883.

el niño, niña o adolescente el titular de los plurales bienes jurídicos que se pretenden proteger, a saber, la integridad y formación sexual, consagrados expresamente en el Título IV de la Parte Especial del C. Penal.

De ahí que exista consenso en cuanto a que cualquier interferencia en el normal desarrollo psicológico, físico, y sexual por medio de maniobras libidinosas o acciones constitutivas de actos sexuales, afectan directamente y menoscaba los referidos bienes jurídicos, pues como se dijo, al igual que la persona que padece trastorno mental o el individuo que se encuentra en estado de inconciencia o indefensión, el menor de 14 años no puede ejercer libremente una libertad que no tiene, destacando la Sala en este punto que es irrefutable que para la fecha en que el menor habría soportado las vejaciones sexuales a manos del aquí sub iudice, al igual que para la época en que fue objeto de valoración sexológica por parte de los profesionales de la salud, no superaba el mencionado rango de edad o desarrollo etario.

En términos generales la Corte sigue la línea según la cual: "... Hasta los 14 años el menor de edad debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política estatal de preservarle en el desarrollo de su sexualidad"³.

En fin, huelga señalar que para la configuración de esta clase de delitos contra niños y niñas que no superen los catorce años no se exige que el sujeto pasivo de la criminalidad despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido, actos materiales de defensa frente a la agresión sexual; tampoco resulta decisivo para la estructuración de la conducta típica si ofrece o no su consentimiento, pues como se dijo en apartados anteriores, el menor no puede hacer uso de una libertad que no posee, y que para el caso se contrae a disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales.

Ahora, sobre el bien jurídico protegido, con criterio de autoridad el órgano de cierre en materia penal tiene discernido que este se contrae en: "... la libertad, integridad y formación sexual, reprimiéndose las conductas que violentan el ámbito de la autodeterminación en la vida sexual de las personas que cuentan con la libertad de sostener o de realizar una relación sexual, o quienes no cuentan

³ CSJ, SP. sentencia 13.466 del 26 de septiembre de 2000.

con la edad suficiente para comprender aquel acto de contenido sexual, protegiendo así a unos y a otros de toda forma de agresión sexual no consentida o que atentan contra la formación de la víctima. Así es el bien jurídico tutelado de la libertad y dignidad sexual de la persona, tanto de la mujer como del varón, entendiéndose que esa aplicación se ajusta a un Estado Social de Derecho al que es consustancial de todos la igualdad ante la ley y también para reflejar debidamente la realidad de que la mujer no es un mero sujeto pasivo en el orden sexual, sino que posee idéntica capacidad de iniciativa que el hombre”⁴.

Siguiendo esta línea de pensamiento, estima la Sala que no reviste mayor perplejidad entender que el modelo comportamental bajo escrutinio contempla dos elementos estructurales. A saber: que el sujeto pasivo sea menor de catorce años y que se materialicen acciones vejatorias constitutivas de actos sexuales diversos al acceso carnal.

Cabe relieves igualmente que tomando como punto de comparación el acceso carnal, la doctrina define los actos sexuales como “... aquellos que buscan la satisfacción de las necesidades sexuales, o liberación de la libido (energía sexual), sin penetración o introducción del miembro viril”⁵.

En la misma dirección, pero de forma más amplia: “Pese a que la ley penal los define en negativo, (lo que no constituye acceso carnal), el “acto sexual” sería toda manifestación exteriorizada por un agente, consistente en el despliegue de conductas que tengan la idoneidad de activar la libido, tanto en quien las realiza como en quien las recibe. Dichas conductas pueden ser “tocamientos” a zonas pudendas o de intimidad sexual; a zonas erógenas (distintas a la sexual pero que tienen la opción de operarlas) y “acciones” de tal naturaleza y manifestación de las cuales se pueda deducir contenido libidinoso.”⁶

Mientras que en decisión del 12 de agosto del 2020, rad. SP2894-2020, 52.024, M. P. Patricia Salazar Cuéllar, reiterando la línea de vieja data

⁴ CSJ, SP. AP204-2015, Radicación 43648 (Aprobado acta número 11) del 21 de enero de 2015, M. P. Eugenio Fernández Carlier.

⁵ARBOLEDA VALLEJO, Mario, RUÍZ SALAZAR, José Armando, Manual de Derecho Penal Especial, Décimo Tercera edición, UniAcademia Leyer, Bogotá-Colombia, 2016, pág. 286.

⁶ BERMEO TORRES, Genaro, CASTRO CASTRO, Kenny Johan, CASTRO, Marín, Delitos Sexuales y sus particularidades, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín-Colombia, 2018, pág. 18, 19.

consolidada sobre el asunto en el alto tribunal, los integrantes del colegiado se ocuparon como sigue de definir aquello que se entiende por acto sexual:

“Es decir, como ya lo ha explicado la Sala, una actividad humana es de naturaleza sexual cuando, es sus aspectos objetivo y subjetivo, se dirige a excitar o satisfacer la lujuria o los impulsos libidinosos, lo cual se logra a través de los sentidos, principalmente del gusto y del tacto, pero también con participación de sensaciones visuales, olfativas y auditivas, que sin dudarle intervienen en tal tipo de interacción humana, tendiente a la realización del coito, pero que de ninguna manera se agota en él-.

Conforme a esa explicación, para que una conducta humana constituya un acto sexual, no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario también que aquella revista aptitud o idoneidad, según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana, para alcanzar esa finalidad.

(...)

*En resumen, los **actos sexuales** con relevancia típica son todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sea idóneo para conseguir este propósito. En consecuencia, actividades cuya connotación sexual obedezca predominantemente, a las solas fantasías, impulsos o trastornos de su ejecutor, o que según las “pautas culturales de la comunidad” no tengan esa naturaleza de modo inequívoco, no constituyen actos sexuales para efectos de la aplicación de la segunda conducta alternativa descrita en el artículo 209 del C. P., menos aun cuando la ilicitud de esta deriva de la sola percepción del acto por un menor. Por si fuera poco, esta postura es la que mejor se acompasa con la posibilidad real de demostración del dolo.”*

En consonancia de lo visto, ocupa distinguir igualmente dichos actos de aquellos que el agente desarrolla con la finalidad de injuriar al sujeto pasivo, ridiculizarlo u ofender su decoro descubriendo las partes pudendas de este o tocándolas “sin que lo impulse ningún deseo carnal”; pues en dichos eventos y siguiendo las enseñanzas de la literatura especializada, aunque materialmente hablando dicha conducta encuadre en el modelo comportamental descrito en el art. 206 del C. Penal, psíquicamente no tiene el alcance lujurioso que se exige para la estructuración del delito en cuestión.

Por su parte el verbo rector de la conducta que se incrimina en el canon 209 del Estatuto Represor consiste en realizar un acto sexual, siendo un hecho inconcuso que en este tipo de casos “... no existe de parte del sujeto pasivo la

posibilidad de ejercer ese derecho constitucional, con ocasión de la actuación del sujeto activo”⁷.

Precisamente, en relación con la libertad sexual, la referida fuente académica a su vez realiza la siguiente precisión: “...esta ha sido entendida, en términos sencillos, como el derecho a disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales como a bien su titular tenga, lo que implica realiza o abstenerse de cualquier tipo de práctica que lo satisfaga desde esa órbita. En esta definición se aprecian dos aspectos: uno dinámico positivo, facultad de disponer del propio cuerpo; otro estático pasivo, la posibilidad de repeler los ataques de índole sexual que puedan producirse.”⁸.

Cabe destacar así mismo que tal como se dijo líneas arriba, la acción que despliegue el sujeto activo debe tener aptitud, ser: “apropiado para estimular la lascivia del autor y de la víctima o, al menos, de uno de ellos.”⁹ Es decir, el acto sexual debe revestir idoneidad en el sentido visto.

En síntesis, podemos concluir con la doctrina especializada que la conducta que incrimina el art. 209 del C. Penal consiste en cualquiera de las siguientes acciones con significado sexual:

“a) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal, cumplidos por el agente sobre el cuerpo de la víctima, en forma de contacto corpóreo entre aquél y ésta.

b) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal que el sujeto pasivo realiza en el cuerpo del agente, inducido por éste.

c) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal, que el sujeto pasivo cumple sobre el cuerpo de un tercero, para delectación lujuriosa del victimario. En este supuesto el tercero puede tener la calidad de copartícipe en el delito, o también de víctima, si por los mismos medios de la violación fue objeto de ese trato libidinoso.

d) Actos libidinosos, distintos del acceso carnal, que la víctima cumple en su propio cuerpo, para delectación erótica del agente.

e) Debemos anotar, por último, que es diferente para la existencia del delito, que la víctima obtenga una satisfacción sexual, porque lo que

⁷ TORRES TÓPAGA, William, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II*, Universidad Externado de Colombia, Tercera Ed., abril de 2019, pág. 471.

⁸ *Ibid.* pág. 470-471.

⁹ *Ibid.*

se sanciona por el legislador penal es la conducta del sujeto agente.”¹⁰

En conclusión, formulándolo en términos negativos, tal como lo hace el legislador penal, podemos afirmar que: “... el acto sexual se limitará a cualquier actividad diferente del acceso carnal en los nuevos términos, tales como tocamientos libidinosos o el denominado coito interfemora, por ejemplo, subrayándose que lo que sanciona son comportamientos que atenten contra la libertad sexual; de manera que el comportamiento debe tener ese tipo de connotación, ya que si simplemente es un acto que objetivamente hace contacto con órganos sexuales o de connotación sexual, no se realiza el delito”¹¹.

La lectura de los apartados precedentes nos permite sostener a su vez que no todo acto sexual objetivamente determinado encuadra por este solo hecho en el modelo típico recogido bajo el nomen iuris de acto sexual violento. Para que exista dicha correspondencia se requiere un dolo específico en el agente, consistente en que su voluntad se dirija inequívocamente a la liberación de la libido (termino latino utilizado de manera general en medicina y psicoanálisis para denominar el deseo sexual), a satisfacer sus necesidades o apetencias sexuales mediante actos de connotación sexual diferentes a la cópula.

En otras palabras, no debe subsistir duda sobre el propósito lúbrico que mueve al sujeto activo de la criminalidad descrita en el art. 209 del C. Penal, que no puede ser otro que la satisfacción de un deceso lascivo, lujurioso, en los términos vistos en apartados anteriores; pero, además, que el acto sea idóneo, conforme a las pautas vistas en cuartillas anteriores. Según las precisiones hechas, el comportamiento doloso del agente demanda demostrar conocimiento y voluntad de querer invadir ese ámbito personalísimo que hace a la libertad sexual de la víctima.

Colofón de este apartado, queda claro que en la descripción del artículo 209 del C. Penal pueden identificarse las siguientes características:

¹⁰ ESCOBAR LÓPEZ, Edgar, *Los Delitos Sexuales*, Ed. Leyer, Bogotá-Colombia, 2013, pág. 260.

¹¹ TORRES TÓPAGA, William, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II*, Universidad Externado de Colombia, Tercera Ed., abril de 2019, pág. 477.

“i) que se trata de un delito de mera conducta porque no requiere que el menor realice alguna actividad lúbrica, ii) contempla sujeto activo indeterminado, iii) recae en un sujeto pasivo cualificado, menor de catorce años y iv) refiere verbos rectores alternativos, bien sea la realización de actos sexuales diversos al acceso carnal con el menor, en su presencia, o que se le induzca a prácticas sexuales.” (CSJ, SP. Auto del 28 de febrero del 2018, rad. AP805-2018, 49.230, M. P. José Luís Barceló Camacho).

Hechas las anteriores precisiones teóricas y previo a entrar a resolver de fondo el episodio fáctico aquí ventilado, cabe precisar que en juicio se practicaron una serie de pruebas, en esencia documentales y testimoniales, aportadas por las partes, por lo que conforme al panorama o marco fáctico y jurídico perfilado es menester que la Sala se aplique a continuación en el análisis dicho caudal probatorio, esencialmente de naturaleza testimonial, no sin antes poner de presente que de acuerdo con lo normado en el artículo 356 de la Ley 906/04, la partes decidieron dejar por fuera de cualquier debate probatorio:

- i) La plena identidad del acusado, JOSE MANUEL GALLEGO LOPEZ.*
- ii) Identidad del menor victima I.A.R.L.*
- iii) Ausencia de antecedentes penales del inculpado.*

Precisado lo anterior, además, resulta del todo pertinente significar que, de acuerdo al método de valoración probatoria de la sana crítica, el juez debe arribar a la convicción racional luego del análisis individual de los elementos de convicción, y finalmente tras uno aunado del recaudo probatorio practicado en juicio con sujeción a los principios de inmediación, publicidad, contradicción, además de garantizar la debida controversia y posibilidad de confrontación en cuyo estudio se deben tener en cuenta las máximas de la experiencia, los criterios la lógica formal, la equidad, las reglas de la ciencia, la técnica y artes afines y auxiliares, todo dentro del marco de la dialéctica que impone al fallador la carga de exponer con suficiencia los motivos de su decisión.

Es claro entonces que el funcionario debe formar su convicción a partir de un análisis individual, pero también de forma holística del acervo probatorio que le permita una aproximación racional a la verdad histórica a la que se puede aspirar dentro del proceso penal.

Ahora bien, a voces del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, dicho material de conocimiento debe generar en el director del juicio el “conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado”, sin que la sentencia de condena pueda fundarse únicamente en prueba de referencia, consagrando de esta manera una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría generar un falso juicio de convicción tal como lo tiene aquilatado la jurisprudencia.

De ahí que resulte imperativo superar el mencionado estándar legal para dictar un fallo en contra de los intereses de quien resiste el poder punitivo estatal y las duras consecuencias que reviste la sanción penal.

Por manera que, si del análisis probatorio surge la duda o se establece la inocencia del enjuiciado, el resultado debe ser una sentencia de carácter absolutoria, en aplicación del principio *in dubio pro reo* y en respeto del principio de inocencia, art. 7º del Estatuto Procedimental Penal y 29 de la Carta.

De lo contrario, al tener la convicción de la realización del delito y la responsabilidad en cabeza del acusado, con fundamento en lo demostrado por la ristra probatoria con la plenitud de garantías para las partes e intervinientes, se impone la condigna condena del ciudadano que como se dijo resiste la consecuencia represiva que deviene al delito. No está por demás señalar que la duda probatoria a la que se alude no es de cualquier categoría, es aquella con entidad suficiente para enervar el fallo de condena.

En este punto del análisis, resulta del todo oportuno señalar que esta Sala de Decisión participa de la doctrina, por demás contraria a ciertos: “medios tarifados en los que se desecha el poder suasorio del declarante único”¹², según la cual este puede ser suficiente para producir la convicción requerida para condenar, como quiera que: “... el sistema de enjuiciamiento criminal vigente no demanda una tarifa probatoria soportada en la pluralidad de testimonios directos; de manera que, la sentencia condenatoria, bien puede soportarse en la declaración de un solo testigo, siempre que lleve al

¹² CSJ, SP. Auto del 27 de agosto del 2019, Rad. AP3647-2019, 53.939, M. P. Eyder Patiño Cabrera.

convencimiento judicial, más allá de toda duda razonable, sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del implicado en la misma”¹³.

En la dirección que se viene discutiendo, igualmente surge oportuno relatar que de ordinario las víctimas de delitos sexuales tan solo pueden suministrar sus palabras como fuente de conocimiento personal para demostrar la agresión de que han sido objeto.

De manera que para que dicho testimonio sea soporte suficiente y permita emitir fallo de condena no puede dejar de ofrecer credibilidad, acorde a las condiciones y particularidades que rodean el caso, teniendo presente además que: “... la veracidad no dependerá de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia del relato con datos objetivos comprobables, todo dentro de un proceso apreciativo que se hace al tamiz de los postulados lógicos, científicos, de la experiencia y el sentido común.”¹⁴

A su vez la doctrina y la jurisprudencia tienen acuñadas ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza (ahora convencimiento racional más allá de toda duda), art. 7° y 381 de la ley 906/04, en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad en este tipo de delitos contra la libertad e integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes a partir de la declaración que rinde la propia persona agredida.

Las mencionadas reglas o criterios se contraen a lo siguiente:

“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

¹³ Ibid.

¹⁴ CSJ, SP. AP del 15 de septiembre de 2008. Rad. 24.780,

c) *La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones*¹⁵.

Como acostumbra en estos asuntos, y en virtud a que la decisión de primera instancia se fundamenta esencialmente en lo noticiado precisamente por la postulada víctima, y a que el ataque del censor se dirige en primer lugar sobre dicho extremo de la prueba, surge imperativo la necesidad de aterrizar las pautas vistas en precedencia con miras a develar si lo dicho por el menor se muestra coherente, persistente, libre de inconsistencias y contradicciones de peso, y además resulta corroborado y obtiene confirmación en otros datos objetivos y medios de convicción oportuna y legalmente allegados al proceso, sin develar incredulidad en virtud de inquina, venganza, rencor, enemistad, y, en general, ánimo, o intención soterrada de perjudicar al acusado con una falsa incriminación por algún motivo que haya salido a la luz durante el debate probatorio, o que sencillamente se pueda inferir de las pruebas.

Partiendo entonces de uno de los aspectos sobre los que no se generaron controversia jurídica, esto es, que para la fecha de los presuntos hechos investigados la víctima no había superado el rango etario de los catorce años, y para lo que interesa al objeto de debate, el menor **I.A.R.L.**, en lo pertinente informó que acostumbrada ir a la carnicería en donde laboraba el procesado, “para hacer mandados y todo eso”. El día de los hechos, 30 de marzo de 2021, se presentó a eso de las 09:00, 09:15 a.m., el dueño le pidió que llenara el tarro de las papitas que se encontraban en la parte trasera de la tienda, “y cuando entré el señor MANUEL se aprovechó de que no había nadie, y entonces me abrazó, me agarró las nalgas, me besó, y me dijo que no le dijera a nadie”.

Para escapar de allí, afirma que tiró una “papita” y le dijo a su abusador que la iba a buscar; cuando salió de la tienda comenzó a correr y se dirigió a su casa en donde sus padres le preguntaron por qué estaba llorando, confiándoles que, “el señor MANUEL me había coqueteado”, y explica que el adulto lo besó en la boca, que los tocamientos fueron por encima de sus prendas de vestir, y que se encontraban en la parte posterior del local comercial, luego su papá se dirigió al establecimiento comercial, “salió y lo cacheteó”. El agresor le

¹⁵ Sentencia de 11 de abril de 2007, radicación 26128.

manifestó que no dijera nada, y ya en otra oportunidad le había dicho que estaba “lindo”. Concretamente este le “agarró” las nalgas, y lo besó, “normal”, y explica que su relación hasta ese momento no se había salido de lo usual, solo se veían en la tienda y nada más, y que lo conoce desde que comenzó a hacer “mandados” en la carnicería.

Explica así mismo que cuando se dirigió a llenar el tarro de las papitas el acusado se fue detrás suyo, en el local no había nadie más, agregando que ni sus padres ni él habían tenido dificultades con su agresor sexual, indicando que los hechos ocurrieron en el interior de la carnicería, en la parte posterior, en donde el propietario guardaba las gaseosas, tiene un refrigerador con hielo, y se encuentra una ventana que da hacia un callejón sin salida, y asegura que desde el frente del establecimiento es imposible ver el punto en donde ocurrió el ataque.

Resumida de esta forma lo dicho por el menor en su paso por el juicio y conforme a las características que rodearon los hechos que nos convocan, así como a la capacidad de comunicación del testigo, su entorno e idiosincrasia, y en términos generales a las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, percepción, memoria y evocación apreciables en el sujeto pasivo de la criminalidad investigada, así como lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de los sentidos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se obtuvo la percepción de los hechos y su comportamiento durante el juicio, para la Sala el testimonio del menor de edad se advierte natural, consistente, coherente y espontáneo, ofreciendo una narrativa hilvanada y circunstanciada en sus aspectos medulares, además de persistente en lo que hace a su inicial señalamiento incriminatorio y el núcleo central de los hechos endilgados al acusado.

En el orden de ideas que viene desarrollando, cabe significar que también para esta colegiatura el agraviado ofreció un relato en el que recrea con suficientes detalles las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, delineando claramente la oportunidad que su atacante aprovechó para someterlo a sus deseos sexuales, justo cuando se encontraban a solas en un punto de la carnicería oculto de la mirada de los transeúntes,

procediendo a tocarle las nalgas por encima de la ropa y a besarlo, a la par que le decía que estaba enamorado de él y que sería su secreto.

Por lo tanto, no genera duda que la secuencia fáctica dada a conocer por el propio ofendido devela claramente de parte del agente un comportamiento con innegable contenido libidinoso que a todas luces se enmarca en las previsiones del art. 209 del Estatuto Represor, agregando específicamente el menor que corrió con dirección a su casa y le confió a sus progenitores lo sucedido, por ende, no admite discusión la inmediatez con que actuó para dar a conocer el abuso del que apenas unos minutos antes había sido víctima.

De esta manera, es preciso señalar que el comportamiento descrito por la víctima claramente descarta el simple abrazo, roce involuntario, ocasional, desprevenido y sin intención dañina, pero, además, sale a relucir que el acusado desarrolló un comportamiento consciente e inequívocamente dirigido a satisfacer su libido, y pese a que no se valió de amenazas, es innegable que acorde a la secuencia fáctica ventilada por el menor de edad, su atacante se habría valido de la oportunidad de estar a solas con su víctima, dando a conocer así mismo y sin ambages el adolescentes que el empleado de la carnicería termina manifestándole que debe guardar el secreto de lo ocurrido, sin que además advierta la Sala un motivo soterrado en aquel para incriminar al acusado de unos hechos tan graves.

Es en desarrollo de la cronología develada por la víctima, con clara exposición de la fecha de los hechos y el sitio del ataque, de entrada se descarta que en el concreto caso el agente sencillamente haya actuado de forma imprudente, mediante un inofensivo y efusivo abrazo que fue mal entendido por el menor de edad, arguyendo su defensa que a lo sumo los hechos aquí ventilados entrarían en la categoría de injurias por vías de hecho, sin que además puede dejar de reparar la Sala en que, además, el propio testigo dejó claramente establecido que llevaba pocos días asistiendo al local y que su relación con el adulto era normal, sin visos de algún tipo de confianza o cercanía que permita entender que el adulto acostumbrara saludarlo y le brindara efusivos e inofensivos abrazos.

Para seguir entonces respondiendo a los cuestionamientos que realiza el censor frente a este apartado de la censura, es preciso señalar que para la Sala el testigo deja entrever que en realidad el comportamiento desplegado por el agente se llevó a cabo de manera rápida, sin que se haya demostrado objetivamente que el agresor requiera mucho tiempo para activar su libido, por ejemplo, por dificultades de orden fisiológico, o que necesariamente la víctima tenga que oponer resistencia o lanzar voces de auxilio para que se estructure el delito bajo análisis, en lo que igualmente son claras las enseñanzas jurisprudenciales, o que precisamente la parte trasera de un establecimiento público no sea propicia para llevar a cabo este tipo de delincuencias al amparo de las sobras y la privacidad que ofrece, advirtiendo incluso que no resulta inusual que tras el ataque el agente continúe con sus actividades cotidianas, pretendiendo pasar inadvertido y mostrarse ajeno a los agravios de los que hizo objeto al menor de edad.

Así, observa la Sala que la estimativa jurídica con que la primera instancia analiza lo dicho por el menor en juicio es atinada, ecuánime y ponderada, y se traduce en que también para esta Magistratura el sujeto pasivo ofreció suficientes y valiosos detalles para entender que el comportamiento del acusado emerge como una inocultable y clara muestra de una acción vejatoria de naturaleza sexual que se concretó en tocarlo en zonas erógenas y besarlo, y no simplemente en darle un inofensivo abrazo y un saludo en la mejilla que terminó rosando los labios del niño, siendo claro que era la primera vez que se presentaba tan reprochable conducta, lo que a todas luces impactó al joven y lo llevó a buscar refugio con sus progenitores, sin que además cuente la foliatura con evidencias de dificultades previas entre los familiares del niño y el agresor, o directamente entre este y el adulto.

Atendiendo así a la secuencia de los hechos acreditados con el testimonio de la propia víctima, refulge nítido que el acusado es la persona llamada a responder en este juicio criminal y no otra, y que fue este quien intervino indebidamente en ámbitos propios de la integridad y formación sexual de quien para la época no superaba los 14 años de edad, siendo lo suficientemente explícito el agraviado en la forma en que vivenció este tipo de acciones vejatorias, existiendo además: “coherencia de la declaración inculpativa en las varias oportunidades en que fue expuesta”, en sus aspectos centrales o

nucleares, sobre las circunstancias de toda índole en que el agente dio rienda suelta a su libido en la forma descrita por el sujeto pasivo de su criminalidad.

Bajo las precisiones hechas, resulta un hecho inconcuso entonces que el adulto contó con la oportunidad además de la capacidad para cometer el delito del que se le acusa, siendo esta entonces la factura que se le reconoce a lo dicho por el testigo directo y privilegiado de los hechos que nos convocan.

En pocas palabras, su testimonio salió indemne y fortalecido tras su paso por el juicio y puede decirse que resiste las críticas formuladas por la censura, ofreciendo un conocimiento claro y directo sobre los aspectos medulares de la acusación fáctica, lo que permite concluir que efectivamente responden a hechos vividos, pero, además, que se observan verosímiles, y no como fruto de la imaginación o de un discurso previamente aprehendido.

En síntesis y para cerrar este apartado de la censura, basta relieves que al igual que para la primera instancia, para este cuerpo colegiado el testimonio del menor permite responder con suficiencia a los interrogantes fundamentales sobre el dónde, cómo y quién es el autor de la criminalidad investigada, así como a los dilemas que plantea el apelante frente a lo dicho por el testigo, de manera que también para este cuerpo de jueces el testimonio del niño se advierte cohesionado y con coherencia interna, pues adolece de inconsistencias, contradicciones o fracturas importantes, y en consecuencia su deponencia se advierte seria, consistente, natural espontánea, hilvanada y por ende digna de toda credibilidad.

*Veamos ahora si el testimonio de la postulada víctima se compagina con el criterio de **coherencia narrativa**¹⁶, esto es, que al correlacionar lo dicho por el sujeto que resulta ofendido directo con los demás medios de prueba y con datos objetivamente verificables en el plenario, su testimonio resulte ampliamente concordante, por ende, con coherencia interna, de manera que sí a lo expresando con seguridad, claridad, contundencia, naturalidad y persistencia, ofreciendo un discurso circunstanciado, coherente, hilvanado, cohesionado y sostenido en el tiempo, además de verosímil, se le suma que*

¹⁶ CSJ., SP. AP6291-2015. Radicación 42783, aprobado Acta No.380 del 28 de octubre de 2015. M. P. José Leonidas Bustos Ramírez.

este resulta concatenado con las demás circunstancias que rodearon los hechos, así como con las condiciones y personalidad de los involucrados, y los datos objetivamente verificables en el dossier del caso, podrá decirse que aquel resulta altamente confiable.

En el sentido advertido, es menester indicar que a falta de otros testigos directos de lo vivido por la víctima surge relevante para el esclarecimiento de los hechos la existencia de la denominada por la literatura especializada como prueba de corroboración y dentro de esta aquella conocida como periférica.

Iniciando entonces con los consanguíneos del menor de edad, su progenitora, señora **YURANI LIPEDA MANJARRES**, de ocupación ama de casa, señaló que junto a su cónyuge y sus tres hijos vivió en Bello, Antioquia, unos siete u ocho meses en el barrio “Sonora”, y llevando su memoria al día de los hechos, recuerda que ese 30 de marzo su hijo llegó a la casa a eso de las nueve o diez de la mañana, estaba “amarillo”, con la respiración entre cortada, “él lo que me dijo fue, así llorando, que el señor MANUEL me tocó, me besó... me agarró las pompis... mi esposo salió a detener a ese hombre para que no se fuera... a entretenerlo hasta que llegara la policía”, explicando que el joven acudía a la carnicería pues le había ofrecido al dueño que él podía ayudar con los “mandados”.

Ubicada en el lugar de los hechos, refiera que la carnicería quedaba cerca de su casa, y que su prole llevaba una semana yendo al establecimiento, agregando que en una oportunidad anterior había visto al procesado asando chorizos afuera del local. El niño le confió en relación con la forma del abuso que el adulto lo puso contra la pared, lo tocó y lo besó en la boca, le dijo que lo amaba y que no dijera nada, que era un secreto.

Ocho días después de los hechos la cónyuge del inculpado se presentó en su casa con una niña, la tomó la mano y le rogó llorando que retirara los cargos, esta mujer indicaba que la pequeña no tenía que comer, su esposo bajó y le respondieron que no era posible. De un lado, afirma que el dueño de la carnicería se llama JHON. De otro, que no supo el nombre del agresor sexual sino hasta que denunciaron los hechos por parte de su cónyuge. Cuando llegó

al establecimiento comercial los vecinos de la comunidad ya estaban en el lugar. La policía arribó a los diez minutos.

A su turno el padre de la víctima y obrero de la construcción, señor **CLEISER SAIR RACERO MASSIRIS**, señaló entre los sitios que ha vivido con su familia, el Municipio de Bello, Antioquia, barrio “Sonora”, en donde residieron hasta diciembre de 2020 y durante unos cinco meses, hasta marzo, abril. Centrado en la época de los hechos aquí ventilados, afirma que habrían ocurrido en el mes de marzo, se encontraba de descanso en el hogar, y se encontró con la sorpresa que su uno de sus hijos se encontraba laborando en una carnicería sin el permiso de los padres, aprovechando que tenía clases virtuales y discontinuas. Hacía mandados.

Aquel día su hijo entró a la casa llorando y temblando, lo vio angustiado, se fue hacia la cocina, abrazaba a la mamá y no decía nada. Después de hablar con él y preguntarle lo que le había pasado les confió que el “viejito” de la carnicería lo recostó contra la pared, le dijo que le gustaba mucho, que era un niño muy hermoso, muy bonito, y que estaba enamorado de él, y que él quería ser su novio, “lo recostó contra la pared, le agarró las nalgas al niño y lo besó, aparte le dijo que no podía decir nada”. El acusado era el único “viejito” de la tienda, no sabían el nombre hasta el día de los eventos, cuando la fuerza pública le pidió la cédula a esta persona dijo cómo se llamaba. Encontró a esta persona al interior de la tienda.

Para poder salir ya que el adulto estaba pendiente que no saliera porque sabía que había hecho algo malo, tiró unas papitas por debajo de la puerta para la calle sin que este se diera cuenta y le manifestó que la iba a recoger, salió y se fue corriendo hacia la casa. Su reacción al conocer los hechos fue salir a buscar al agresor, para que le explicara, lo confrontó y este negó los hechos, pero él estaba seguro que su hijo no mentía porque no tiene necesidad de inventarse algo así, no sufría por falta de dinero o de atención. Al momento el dueño del lugar bajó, pero no se metió en el asunto ni dijo nada. Luego llegó la cónyuge de este, un vecino y posteriormente la policía.

Esto mismo se lo dijo al agresor, intentaba irse, él lo empujaba para que no huyera y entregarlo a la policía, agregando que la carnicería era un paso

obligado en el trayecto para su casa. Todos conocían que él era el padre del joven. Su hijo señaló la parte trasera del local como el punto donde sucedió el abuso. A la semana de los hechos la cónyuge del procesado se presentó en su casa para que quitaran la denuncia, alegaba que no tenían para comer, que lo estaban pasando muy mal, le respondió que no lo iban a hacer, que lo estaban denunciando por el abuso, por nada más, y que el adulto tenía que responder por eso; todo mientras la mujer gravaba la conversación. Le dijo a su familia que no hablaran con esta persona, aunque estaba optando por abordarlos en la calle.

En lo que nos interesa, el patrullero de la Policía Nacional, **ANDRÉS FELIPE ZULUAGA**, dio a conocer que el día de los hechos en compañía de su compañero de patrulla conoció este caso. Al llegar al lugar observaron una aglomeración, un ciudadano le señaló que la persona que tenían detenida había tocado a uno de sus hijos. Quien adujo ser el padre del menor les manifestó que, “el ciudadano había cogido a su hijo, le había dado un beso, lo había alzado, le había metido las manos en la nalga”. Observó a la víctima nerviosa, no habló mucho, no recuerda lo que le dijo, mientras que el procesado trataba de protegerse de posibles agresiones, había mucha gente tratando de hacer esto y de retenerlo.

Por su parte el señor **JHON ARLEY BERRÍO LÓPEZ**, averó que era el propietario de la carnicería en donde ocurrieron los hechos, entre los empleados, el acusado trabajaba allí por días, hacía unos dos años, mientras que la víctima solo hacía “mandados”, le pareció que en la casa de este aguantaban mucha hambre, estaba como muy abandonado, agregando que lo veía, “...como muy raro, él hablaba, así como cosas de gente adulta... como que veía mucho internet... yo le decía que no me dijera esas cosas... que a mí me gustaba que un niño hablara como niño... hablaba muchas cosas, no se quedaba quieto... leía muchas cosas que yo no entendía...”, era muy inquieto, y refiriéndose al local asegura que tiene unos doce metros de largo y en cierto punto hay dos vitrinas verticales que impiden que se pueda ver bien hacia el interior.

El día de los hechos le pidió al acusado que abriera el negocio mientras él subía por la niña y bajaba a la bebé para asolearla, y el niño le preguntó si le

ayudaba al procesado y le contestó afirmativamente. Mientras subió a su casa ubicada en la misma edificación y bajó sucedió todo; solo pasaron unos cinco, diez minutos. Ya el niño no estaba y el inculpado estaba trabajando normal lavando las vitrinas de la carne. Al momento llegó una persona que se identificó como padre del menor, a quien no conocía y se fue en contra del inculpado, “a puro bate”, acusándolo de tocar al niño. Le manifestó que no podía seguir pegándole a esta persona y que debía llamar a la policía.

El acusado por su parte le señaló que tan solo le había dado un, “abrazo de afecto” al niño, y por su parte le recriminó por ello señalándole, “usted para qué abraza pelaos, siendo que esos pelaos hay que tenerlos a metros...” Por el contrario, arguye que distinguía a la mamá de la víctima, la cual había escrito como una carta, una especie de permiso para que el menor estuviera en la carnicería, y continuando con el relato de los hechos refiere que llegó la policía, verificaron que en el sistema le figuraba al detenido otro caso similar y lo capturaron. No presencié los hechos. Nunca había visto a los padres del menor hablando con el procesado, cuyo trabajo consistía en limpiar las vitrinas de las carnes en las mañanas y en la noche regresaba para asar las piezas, a eso de las cuatro de la tarde.

En el tiempo que la víctima estuvo yendo al local nunca vio que el acusado le diera otro abrazo de afecto al menor, y agrega que esta persona le llegó a comentar que había estado preso, “que una cuñada lo había demandado, por una hijastra o hija, no sé si hija o hijastro de él...” El día de los hechos la mamá del niño llegó con este al local, le dijo al atacante que no podía seguir pegándole al adulto y que llamara a la policía, luego llegó la fuerza pública, lo investigaron viendo que tenía un problema por lo mismo y lo detuvieron. El niño no hablaba del papá, tampoco llegó a manifestar que no lo había visto.

Descendiendo en el otro extremo de cotejo, a instancias de la defensa del procesado se escuchó en juicio a la ama de casa y cónyuge del inculpado, señora, **MARÍA MARITZA MOSQUERA MORENO**, para lo que nos convoca refiere que llevaba nueve años viviendo con el acusado y su hija, el adulto trabajaba en una carnicería como parrillero y cuyo propietario se llama JHON, y sostiene que a su pareja lo detuvieron por el abrazo amistoso que le dio a un niño que trabaja allí, y que el inculpado, asevera, era como confianzado con

los niños, incluso con la menor que hace parte de su hogar. La víctima ni la familia de este se llegó a quejar frente a ella por el comportamiento del procesado, pero a la par recuerda que su familia acusó al inculpatado por el presunto abuso de la hijastra, pero sostiene que los hechos de los que sus consanguíneos lo acusaron en realidad no sucedieron, y que simplemente las tías de la niña los querían separar. No presenció los hechos que aquí se discuten.

Renunciando a su derecho a guardar silencio, **el ACUSADO** ofreció su testimonio en juicio, indicando que el 30 de marzo llegó al local de propiedad de JHON ARLEY BERRIO, una tienda mixta con carnicería, abarrotes, para quien laboraba por días desde el 19 de marzo de 2020. La víctima llegó a trabajar a la carnicería unos cinco días antes, ayudando a surtir el lugar.

Centrado en la narración de los hechos, aduce que a eso de las nueve, nueve y cuarto, el menor y él ingresaron hasta la parte posterior del establecimiento pues, “había que sacar mangueras, alistar las bandejas para sacar a la vitrina, pero primero se hacía el proceso de lavado de vitrina”, aquel día lo saludó como siempre, de manera cordial y amistosa, “un abrazo y ya, una palmadita en el hombro y no más... al zafarse del abrazo tal vez le haya rosado con los labios la mejilla, pero fue sin ninguna mala intención... ninguna malicia de nada”. El menor hizo repulsa cuando lo fue a abrazar; afirmando que este entendió que no había sido un abrazo normal, y que durante los tres días que conoció al menor nunca tuvo problemas con la familia y acepta que no tendrían interés en perjudicarlo.

Por su parte continuó abriendo las llaves de las mangueras, y el menor siguió hacia el fondo del local para sacar el surtido, y se puso a acondicionar la vitrina que le correspondía; en cierto momento dijo que se le cayeron unas papitas y él le respondió que las recogiera que no pasaba nada. De un momento a otro volteó a mirar y el menor ya no estaba, por su parte continuó lavando las vitrinas.

Luego de esto, tipo nueve y cuarenta de la mañana sintió el primer batazo, ya vino la intervención del propietario, luego apareció la madre del muchacho, llamaron a la policía. Cierra su intervención afirmando que es una persona muy

sociable y acostumbra saludar a todo el mundo, sea menor o adulto con un abrazo, así a los menores de edad los conozca hace poco, aceptando que su propia familia lo sindicó de abuso sexual con menores de edad, pero alega que nunca había estado detenido.

Realizada de esta manera la sinopsis de la prueba debatida en juicio, estima la Sala que lo dicho por los diferentes testigos resulta corroborando en lo esencial el testimonio de la víctima en cuanto al núcleo esencial de lo ocurrido, de aquello que se estima en verdad vivió el menor de edad a manos del enjuiciado, observando esta Magistratura particularmente que aquellos que atendieron el llamado de la justicia a instancias del ente persecutor guardan análoga relación con lo averado en torno a los aspectos medulares del señalamiento directo en contra del procesado, de manera que también para este colegiado el testimonio de la postulada víctima resulta del todo confiable, además de refrendado en lo esencial por lo dicho por los demás testigos de cargo e incluso en algunas circunstancias vacilares, por lo dicho por aquellos ofrecidos por la defensa y por el propio enjuiciado.

Corolario de lo anterior, y como reiteradamente lo ha venido señalando esta Sala, lo cual es aceptado además por la jurisprudencia, en todo proceso subsisten dudas, vacíos o lagunas, también contradicciones entre los declarantes, que por lo general son tangenciales e insubstanciales y sin entidad suficiente para infirmar una decisión de responsabilidad. Se itera, lo importante es que las pruebas analizadas en conjunto arrojen certeza racional respecto a la responsabilidad del implicado y que permitan superar el umbral de la duda razonable.

Sobre el tema señaló la Corte Constitucional en sentencia C-609 de noviembre 13 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz:

“Obviamente, como lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, no se trata de una certeza absoluta —pues ella es imposible en el campo de lo humano— sino de una certeza racional, esto es, más allá de toda duda razonable. Además, las dudas que implican absolucón del condenado son aquellas que recaen sobre la existencia misma del hecho punible o la responsabilidad del procesado, pero no cualquier duda sobre elementos tangenciales del delito, pues es obvio que en todo proceso subsisten algunas incertidumbres sobre la manera como se

podieron haber desarrollado los hechos. Lo importante es que el juez tenga, más allá de toda duda razonable, la certeza de que el hecho punible aconteció y que el sindicado es responsable del mismo, tal y como esta Corte ya lo ha señalado”.

Particularmente no encuentra la Sala divergencias fundamentales, ni siquiera en cuanto a que la víctima ingresó junto al acusado y en cierto momento de aquella mañana del 30 de marzo de 2021 los dos estuvieron a solas en la parte trasera de la tienda, hecho por demás aceptado por este último, así como que tuvo cierto contacto físico con el niño, o que este finalmente salió del local comercial tras señalar que se le habían caído unas papas, o que el propietario del local se encontraba en el segundo piso y por ende nadie vio lo ocurrido, de manera que solo se cuenta con los testimonios directos de la víctima y del acusado, pues incluso con el testimonio del propietario del local se termina demostrando que para la época tenía puestas ciertas vitrinas que impedían que las personas vieran desde afuera la parte posterior del establecimiento en donde se desarrolló el episodio de agresión sexual en contra de la víctima.

Más allá entonces de si el procesado ya tenía algún tipo de anotación o dificultad con la familia de su cónyuge por hechos similares a los aquí ventilados, y a diferencia de lo que entiende el impugnante, para este colegiado no subsiste duda en cuanto a que en este caso el menor vivió un evento de abuso de connotación sexual a manos del procesado que en verdad le produjo perplejidad, y ante lo cual reaccionó de inmediato, escapando del sitio para lo cual buscó el primer pretexto que se le ocurrió y al salir de la tienda corrió hacia su casa, y aunque la reacción violenta de su padre no está bien vista, se concatena con la pronta develación de lo ocurrido y el contundente señalamiento en contra del aquí sub iudice, sin que la defensa armará por su parte una contundente prueba que demuestre la inocencia del procesado, o que la foliatura cuente con prueba que evidencie que subsisten dudas que permitan absolver al agente.

De manera que para esta Magistratura sin fundamento alguno y con base en conjeturas carentes de respaldo probatorio, pretende el recurrente desvirtuar lo declarado por el propio agraviado sin reparar en que, aunado a la prueba directa e indirecta, los testigos de la Fiscalía allegan mejores elementos para el esclarecimiento de los hechos investigados, a lo que se suman serios

indicios que juegan en contra del justiciable como lo son el de presencia en el lugar de los hechos y capacidad para cometer el delito del que se le acusa, aunado a la existencia de material de corroboración y dentro de este aquel denominado periférico, así como de datos objetivamente corroborables que refrendan la contundente incriminación en contra del encartado en este asunto.

En efecto, no puede olvidar el censor que dentro de la actual sistemática le asiste una fuerte carga probatoria, de modo que, si su pretensión era mostrar incongruencias de peso, contradicciones sustanciales o suministrar elementos de convicción para derruir la tesis incriminatoria la tarea es de gran calado sin lograr demostrar la inocencia de su patrocinado o la existencia de duda probatoria de la magnitud que exige un fallo absolutorio.

Se puede decir entonces que en esta oportunidad se cuenta con material directo, indirecto, de corroboración y prueba indiciaria que compromete seriamente al enjuiciado, sin que los descargos postulados por la censura resulten suficientes para desdibujar los fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios que cimentaron la base de la sentencia objeto de cuestionamiento, soportada en prueba que emerge en cantidad y calidad suficiente, además de diáfana, clara y sólida para que en esta instancia se confirme el fallo de condena apelado sin necesidad de otras consideraciones

*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,*

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida en contra de JOSÉ MANUEL GALLEGO LÓPEZ 29 de junio de 2022 por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, en el caso del rubro y acorde a lo analizado en el acápite de las consideraciones.

SEGUNDO: *Contra esta decisión procede el recurso de casación, el cual puede interponerse dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.*

TERCERO: Esta providencia se notifica en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados¹⁷,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

¹⁷ El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.